

ERSCHEINUNGSFORMEN DES UNENTGELTLICHEN RECHTSGESCHÄFTS

Versuch einer Begriffsbestimmung

von

Frank Kroier

aus

Tsingtau/China

ERSCHEINUNGSFORMEN DES UNENTGELTLICHEN RECHTSGESCHÄFTS

Versuch einer Begriffsbestimmung

Inaugural-Dissertation

der Juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexander-Universität

Erlangen-Nürnberg

vorgelegt

von

Frank Kroier

aus

Tsingtau/China



Referent: Professor Dr. J. Herrmann

Tag der mündlichen Prüfung: 8. Juni 1973

Literaturverzeichnis

IX

<u>Einleitung:</u> Überblick über die Problematik in ihrer theoretischen und praktischen Bedeutung. Abgrenzung des Themas	1
---	---

Erster Teil

Versuch einer systematischen Eingliederung und einheitlichen Bestimmung des unentgeltlichen Rechtsgeschäfts	4
---	---

<u>Erster Abschnitt:</u> Einordnung des unentgeltlichen Rechtsgeschäfts in die bürgerlich-rechtliche Systematik	4
---	---

<u>Erster Unterabschnitt:</u> Begriff des Rechtsgeschäfts	4
---	---

I. Das Rechtsgeschäft als primärer Rechtsbegriff	4
II. Rechtsgeschäft und Willenserklärung	5
III. Verfügung, Zuwendung und Leistung. Abgrenzung der Begriffe	6
1. Verfügung	6
2. Zuwendung	7
3. Leistung	10

<u>Zweiter Unterabschnitt:</u> Systematische Einordnung des unentgeltlichen Rechtsgeschäfts	12
---	----

I. Einteilungsmöglichkeiten der Rechtsgeschäfte	12
II. Entgeltliche und unentgeltliche Rechtsgeschäfte als Gegensatzpaar	13

<u>Zweiter Abschnitt:</u> Möglichkeit einer allgemeinen Begriffsbestimmung des unentgeltlichen Rechtsgeschäfts	15
--	----

<u>Erster Unterabschnitt:</u> Überblick über die geschichtliche Entwicklung des Unentgeltlichkeitsbegriffs	15
--	----

I. Römisches Recht	15
II. Germanisches Recht	16
III. Die landesrechtlichen Kodifikationen	17
IV. Gemeines Recht	18
V. Der Unentgeltlichkeitsbegriff in der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches	19
<u>Zweiter Unterabschnitt: Einheitliche Begriffsbestimmung des unentgeltlichen Rechtsgeschäfts? Kritische Auseinandersetzung mit Literatur und Rechtsprechung</u>	22
I. Theorien des einheitlichen Unentgeltlichkeitsbegriffs	22
1. Die Äquivalenztheorie	22
2. Die Gegenleistungstheorie	24
II. Auffassung von der Unterschiedlichkeit des Unentgeltlichkeitsbegriffs	27

Z w e i t e r T e i l

Untersuchung des Unentgeltlichkeitsbegriffs anhand der einzelnen Gesetzesbestimmungen	30
<u>Erster Abschnitt: Das unentgeltliche Rechtsgeschäft im Bürgerlichen Recht</u>	30
<u>Erster Unterabschnitt: Die Unentgeltlichkeit im Schenkungsrecht</u>	30
I. Legaldefinition und Unentgeltlichkeit	30
II. Der schenkungsrechtliche Begriff des unentgeltlichen Rechtsgeschäfts	31
III. Die Einigung über die Unentgeltlichkeit im Fall der Handschenkung	34
1. Abrede über den Rechtsgrund oder Schuldvertrag?	34
2. Abwägung der beiden Auffassungen	35
IV. Die Teilunentgeltlichkeit	37

1. Unentgeltlichkeit und gemischte Schenkung	37
2. Die Schenkung unter Auflage als unentgeltliches Rechtsgeschäft	45
a) Die Auflage als Nebenbestimmung	45
b) Abgrenzung zu (teil-)entgeltlichen Rechtsgeschäften	46
3. Die nachträgliche Vergütung von Leistungen	48
 <u>Zweiter Unterabschnitt: Die Unentgeltlichkeit bei Leihe, Darlehen, Auftrag und Verwahrung</u>	 50
I. Das Verhältnis von Gefälligkeit und Unentgeltlichkeit	50
II. Das Merkmal der Unentgeltlichkeit bei der Leihe	51
III. Die Unentgeltlichkeit beim Darlehensgeschäft	55
IV. Die Unentgeltlichkeit beim Auftrag	59
V. Der unentgeltliche Verwahrungsvertrag	63
 <u>Dritter Unterabschnitt: Das unentgeltliche Rechtsgeschäft im Bereicherungsrecht</u>	 65
 Erstes Kapitel: Der Begriff der unentgeltlichen Verfügung in § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB	 65
I. Ordnungsaufgabe und Zweck des § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB. Fragen der systematischen Einordnung	65
1. Einschränkung des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten	65
2. Ausschluß des gutgläubigen Erwerbs bei unentgeltlichen Verfügungen de lege ferenda?	67
II. Der Begriff "Verfügung"	69
1. Begriff und Arten der Verfügungen i.S. des § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB	69
2. Verfügung und unentgeltliche causa	72
III. Unentgeltlichkeit in der Person des Erwerbers oder des nichtberechtigten Verfügenden	74
1. Ausgangsmöglichkeiten	74

2. Maßgeblichkeit der Stellung des nichtberechtigten Verfügenden?	75
3. Die Bestimmung der Unentgeltlichkeit von der Person des Erwerbers aus	75
IV. Formaljuristische und wirtschaftliche Betrachtungsweise der unentgeltlichen Verfügung	77
1. Ausgangspunkt und Gegensatz der beiden Betrachtungsweisen	77
2. Formaljuristische Betrachtungsweise der Unentgeltlichkeit	80
3. Wirtschaftliche Betrachtungsweise im Bereicherungsrecht	82
V. Objektive und subjektive Betrachtungsweise	85
1. Gegenüberstellung	
2. Kondiktionsanspruch im Fall der gemischten Schenkung	86
VI. Weiter und enger Unentgeltlichkeitsbegriff. Das Problem der rechtsgrundlosen Verfügung	89
1. Der unentgeltliche Erwerb im "weiteren Sinne"	89
2. Enge Fassung des Unentgeltlichkeitsbegriffs	92
3. Die unentgeltliche, rechtsgrundlose Verfügung	98
Zweites Kapitel: Der Begriff der unentgeltlichen Zuwendung in § 822 BGB	100
I. Die eingeschränkte Rechtsverbindlichkeit der unentgeltlichen Zuwendung im Rahmen des § 822 BGB	100
II. Der Unentgeltlichkeitsbegriff	102
1. Bestimmungskriterien	102
2. Fälle der unentgeltlichen Zuwendung	103
3. Die teilweise unentgeltliche Zuwendung	104
4. Die rechtsgrundlose Zuwendung	104

<u>Vierter Unterabschnitt:</u>	Die unentgeltliche Besitzer- langung im Sinne des § 988 BGB	105
I.	Die eingeschränkte Rechtsverbindlichkeit der un- entgeltlichen Besitzerlangung; Stellung des § 988 BGB	105
	1. Rechtsgedanke des § 988 BGB	105
	2. Systematische Einordnung	106
	3. Verhältnis von § 988 BGB zu §§ 812 ff. BGB	108
II.	Begriff der Unentgeltlichkeit	110
III.	Die rechtsgrundlose Besitzerlangung	113
<u>Fünfter Unterabschnitt:</u>	Die Unentgeltlichkeit im Fa- milienrecht	118
I.	Übersicht	118
II.	Die unentgeltliche Zuwendung im Rahmen des Zugewinnausgleichs	119
	1. Einbeziehung der unentgeltlichen Zuwendungen in die Berechnung des Anfangs- und End- vermögens	119
	2. Die Ergänzung der Ausgleichsforderung bei unentgeltlicher Zuwendung an Dritte	120
III.	Das Bestimmungsrecht des unentgeltlichen Zu- wenders	123
IV.	Das Schenkungsverbot der §§ 1425, 1641 und 1804 BGB	124
<u>Sechster Unterabschnitt:</u>	Das unentgeltliche Rechtsge- schäft im Erbrecht	126
Erstes Kapitel:	Die unentgeltliche Verfügung im Rahmen der §§ 2113 und 2205 BGB	126
I.	Sinn und Zweck der §§ 2113 Abs. 2 und 2205 Satz 3 BGB	126
II.	Kriterien der unentgeltlichen Verfügung	129
	1. Der Verfügungsbegriff	129
	2. Objektive und subjektive Voraussetzungen der unentgeltlichen Verfügung	130

a) objektive Kriterien	130
b) subjektive Kriterien	135
III. Die Verfügung des Vorerben bzw. Testament-vollstreckers ohne rechtlichen Grund	140
 Zweites Kapitel: Die beschränkte Verbindlichkeit unentgeltlicher Rechtsgeschäfte des Erblassers	 143
I. Sicherung des Vertragserben bzw. Vermächtnisnehmers vor böswilligen Schenkungen des Erblassers	143
1. Sinn und Zweck der §§ 2287, 2288 Abs. 2 Satz 2 BGB	143
2. Die Unentgeltlichkeit als Voraussetzung des Sicherungsanspruches	144
3. Gemischte Schenkung	145
4. Die rechtsgrundlose Verfügung des Erblassers	147
II. Pflichtteilsschutz hinsichtlich der Schenkungen des Erblassers (§§ 2325 ff., 2329 BGB)	147
1. Die beschränkte Rechtsverbindlichkeit der unentgeltlichen Zuwendung im Rahmen des § 2325 BGB	147
a) Sinn und Zweck des Pflichtteilsergänzungsanspruchs gegen den Erben	147
b) Die Unentgeltlichkeit als Anspruchsvoraussetzung	147
2. Haftung des Beschenkten	149
a) Zweck und Rechtsnatur des gegen den Beschenkten gerichteten Pflichtteilsergänzungsanspruchs	151
b) Voraussetzungen und Inhalt des Anspruchs	152
 Drittes Kapitel: Das unentgeltliche Rechtsgeschäft im Rahmen der Bestimmungen über die Erbschaftsveräußerung	 156
I. Sinn und Zweck der Regelung	156
II. Begriff der unentgeltlichen Verfügung	157
1. Eingeschränkte Auslegung	157

2. Objektive Kriterien	157
3. Subjektives Bestimmungsmerkmal	159
4. Die rechtsgrundlose Verfügung des Erbschaftsveräußerers	159
<u>Zweiter Abschnitt:</u> Das unentgeltliche Rechtsgeschäft im Recht der Schenkungsanfechtung	161
I. Zweck der Schenkungsanfechtungsbestimmungen	161
II. Der Begriff der unentgeltlichen Verfügung	163
1. Auslegung des Verfügungsbegriffs	163
2. Objektive Kriterien der Unentgeltlichkeit	164
3. Subjektive Voraussetzungen	167
III. Arten der unentgeltlichen Verfügungen	168
1. Tilgung einer fremden Schuld	169
2. Sicherungsgeschäfte	170
3. Gebrauchsüberlassung und nachträgliche Vergütung geleisteter Dienste	171
IV. Die Schenkung zwischen Ehegatten im Anfechtungs- und Konkursrecht	173
<u>Dritter Abschnitt:</u> Das unentgeltliche Rechtsgeschäft im Steuerrecht	175
Erstes Kapitel: Einzelne steuerliche Tatbestände und Rechtsfolgen der Unentgeltlichkeit	175
I. Betrachtungen aus dem Einkommensteuerrecht	175
II. Legaldefinition der Unentgeltlichkeit	177
Zweites Kapitel: Das unentgeltliche Rechtsgeschäft im Schenkungssteuerrecht	178
I. Der Begriff der Zuwendung im Schenkungssteuerrecht	178
1. Das bürgerliche Recht als Ausgangspunkt	178
2. Schenkungssteuerrechtliche Abweichungen	179

II. Freigebigkeit und Unentgeltlichkeit	180
1. Objektive Merkmale	180
2. Subjektive Voraussetzungen	181
III. Die teilweise freigebige Zuwendung	185
1. Bürgerlich-rechtliche Grundsätze	185
2. Objektive Feststellung des Restwerts und Bereicherungswille	185
IV. Das zivilrechtlich unwirksame Rechtsgeschäft im Schenkungssteuerrecht	187
<u>Schluß</u> : Zusammenfassende Betrachtung der Grundelemente des unentgeltlichen Rechtsgeschäfts	189

Literaturverzeichnis

- ACHILLES-GREIFF-BRÜGGEMANN BGB-Kommentar, 21. Auflage, Berlin 1958
- BARSKE, Kurt Die wirtschaftliche Betrachtungsweise, Neue Wirtschaftsbriefe Nr. 47 vom 22.11.1971, Fach 2, S. 2245 ff.
- BARTHOLOMEYCZIK, Horst Erbrecht. Ein Studienbuch, 9. Auflage, München 1971
- BATSCH, Karl Ludwig Vermögensverschiebung und Bereicherungsherausgabe in den Fällen unbefugten Gebrauchs bzw. Nutzens von Gegenständen (Eine Kritik der Lehre von der 'Eingriffskondition'), Dissertation Marburg 1968
- BAUR, Fritz Lehrbuch des Sachenrechts, 6. Auflage, München 1970
- BERG, Hans Anmerkung zu BGH NJW 1961, 2252, NJW 1962, 101
- BEUTHIEN, Volker Zuwendender und Leistender, JZ 1968, 323 ff.
- BLOMEYER, Arwed Allgemeines Schuldrecht, 3. Auflage, Berlin und Frankfurt 1964
- BÖHLE-STAMMSCHRÄDER Konkursordnung, 10. Auflage, München 1971 (zitiert: Böhle-Stamschräder, KO)
- ders. Gesetz, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens, 3. Auflage, München und Berlin 1967 (zitiert: Böhle-Stamschräder, AnfG)
- ders. Anmerkung zu BGHZ 12, 232 in JZ 1954, 389
- BOEHMER, Gustav Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, II. Buch, 2. Abteilung, Tübingen 1952
- BROX, Hans Erbrecht, Köln-Berlin-Bonn-München 1966
- BRÜNING, Manfred Die Behandlung von Schenkungen zwischen Ehegatten bei der Berechnung der Zugewinnausgleichsforderung, NJW 1971, 922

- BUCHWALD, F. Gegensatz von Zivil- und Steuerrecht?
StW 1960, 463 ff.
- BURCKHARD, Hugo Zum Begriff der Schenkung, Erlangen
1899, Festgabe für Ernst Immanuel
Bekker
- v. CAEMMERER, Ernst Leistungsrückgewähr bei gutgläubigem
Erwerb, Festschrift für Boehmer, Bonn
1954, S. 145 ff.
- ders. Bereicherung und unerlaubte Handlung,
Festschrift für Rabel, Band I, Tübingen
1954, S. 333 ff.
- ders. Bereicherungsausgleich bei Verpfändung
fremder Sachen, Festschrift für Lewald,
Basel 1953, S. 443
- CANARIS, Claus-Wilhelm Ansprüche wegen "positiver Vertrags-
verletzung" und "Schutzwirkung für
Dritte" bei nichtigen Verträgen. Zu-
gleich ein Beitrag zur Vereinheitli-
chung der Regeln über die Schutzpflicht-
verletzungen, JZ 1965, 475 ff.
- ders. Anmerkung zu BGH NJW 1972, 1196
- COHN, Martin Die Verpflichtung des Schenkers zur
Gewährleistung wegen eines Mangels im
Rechte, Dissertation Marburg 1903
- COING, Helmut Anmerkung zu OGH Köln, NJW 1949, 260 f.
- CORPUS JURIS CIVILIS herausgegeben von Mommsen und Krüger,
Institutionen und Digesten, 16. Auflage,
Berlin 1954
- COSACK, Konrad Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen
Rechts, 1. Band, 3. Auflage, Jena 1900
- CROME, Carl System des Deutschen Bürgerlichen Rechts
1. Band, Tübingen und Leipzig 1900
- DERNBURG, Heinrich Das bürgerliche Recht des Deutschen
Reichs und Preußens, 1. Band, Halle
1902
- DIESELHORST, Malte Die Natur der Sache als außergesetz-
liche Rechtsquelle verfolgt an der
Rechtsprechung zur Saldotheorie, Tübin-
gen 1968

- DIMOPOULOS-VOSIKIS,
Haralambos Die bereicherungs- und deliktsrecht-
lichen Elemente der §§ 987 - 1003 BGB,
Köln, Berlin, Bonn, München 1966
- DÜRRWÄCHTER, Erich Ist die Mehrwertsteuer in einem zwi-
schen Unternehmern vereinbarten Kauf-
preis enthalten? NJW 1969, 645 ff.
- DULCKEIT, Gerhard Die Verdinglichung obligatorischer
Rechte, Recht und Staat 158/159, Tü-
bingen 1951
- EBERT, Dieter Die wirtschaftliche Betrachtungsweise
als Auslegungsgrundsatz im Steuerrecht,
Dissertation Mainz 1955
- ECKSTEIN, Ernst Das Schenkungsversprechen, seine Er-
füllung und sein Verhältnis zur "Real-
schenkung", AcP 107, 384 ff.
- EICHLER, Hermann Institutionen des Sachenrechts, II.
Band, 1. Halbband, Berlin 1957
- EMMERICH, Volker Das Verhältnis der Nebenfolgen der
Vindikation zu anderen Ansprüchen,
Dissertation Saarbrücken 1966
- ENDEMANN, Friedrich Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I.
Band, 8. Auflage, Berlin 1903
- ENNECCERUS-LEHMANN Recht der Schuldverhältnisse, 15. Auf-
lage, Tübingen 1958
- ENNECCERUS-NIPPERDEY Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,
Ein Lehrbuch, Erster Halbband, 15. Auf-
lage, Tübingen 1959; Zweiter Halbband,
15. Auflage, Tübingen 1960
- ERMAN, Walter und Be- Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
arbeiter buch, 1. Band, 4. Auflage, Münster
1967
- ESSER, Josef Schuldrecht, Band II: Besonderer Teil,
4. Auflage, Karlsruhe 1971
- FIKENTSCHER, Wolfgang Schuldrecht, 3. Auflage, Berlin - New
York 1971
- FLUME, Werner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Rechts, 2. Band, Das Rechtsgeschäft,
Berlin-Heidelberg-New York 1965

- ders. Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht, Festschrift für Niedermeyer, Göttingen 1953, S. 103
- FORSTHOFF, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band Allgemeiner Teil, 9. Auflage, München und Berlin 1966
- FRIEDLÄNDER, Kurt Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Steuerrecht, NJW 1956, 1049 ff.
- GERHARDT, Walter Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung, Göttingen 1969
- GERMANN, Oskar Adolf Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2. Auflage, Bern 1967
- GIEHL, Friedrich Der gutgläubige Mobiliarerwerb - Dogmatik und Rechtswirklichkeit, ACP 161, 357
- GISSLER, Hans Zur begrifflichen Abgrenzung des Vermögensrechts, Dissertation München 1964
- GRUNSKY, Wolfgang Bereicherungsansprüche bei rechtsgrundloser Verfügung eines Nichtberechtigten, JZ 1962, 207
- GUTHARD, Karl Adolf Der Anspruch auf Pflichtteilsergänzung gegen den Beschenkten, Dissertation Marburg 1929/30
- HAYMANN, Franz Die Schenkung unter einer Auflage nach römischem und deutschem bürgerlichen Recht, Berlin 1905
- ders. Zur Grenzziehung zwischen Schenkung und entgeltlichem Geschäft Jher Jb 56, 86 ff.
- ders. Zuwendung aus fremdem Vermögen, Jher Jb 77, 243
- HARMS, Wolfgang Der Begriff der Unentgeltlichkeit im Schenkungsrecht, Dissertation Göttingen 1957
- HARTZ, Wilhelm Die Auslegung von Steuergesetzen, Herne 1957
- HECK, Philipp Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929
- ders. Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930

- HOENIGER, Heinrich Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge, Band I, Die gemischten Verträge in ihren Grundformen, Mannheim und Leipzig 1910
- HÖRING, Juliane Die Unentgeltlichkeit im BGB mit Ausblicken auf das Steuerrecht, Dissertation Tübingen 1955
- HOPFENMÜLLER, Theo Zur Begrenzung der Gestaltungsfreiheit im Steuerrecht. Ein Beitrag zur Anwendungspraxis des § 6 StAnpG, Spitalergedächtnisschrift, Köln 1965
- HUBER-KREBS, Hanns
Walter Wirtschaftliche Betrachtungsweise und Konformität zwischen Steuerrecht und Privatrecht, StW 1967, 474 ff.
- HÜBSCHMANN-HEPP-SPITALER Reichsabgabenordnung und Nebengesetze, Kommentar, 1.-5. Auflage, Köln 1965
- HUTZLER, Adolf Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Steuerrecht, Dissertation München 1955
- JAEGER-LENT-WEBER Konkursordnung mit Einführungsgesetzen, Kommentar, I. Band: bearbeitet von Lent (§§ 1 - 70 KO), 8. Auflage, Berlin 1958 (zitiert: Jaeger-Lent, KO)
- JAKOBS, Horst Heinrich Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Dissertation Bonn 1964
- JÜLICHER, Hans Der Freundeskauf als gemischte Schenkung, Dissertation Köln 1935
- JUNG, Richard Die freigebige Zuwendung im Erbschaftssteuerrecht, Düsseldorf 1959
- KAISER, Josef Auslegungsgrundsätze des Steuerrechts, Darmstadt 1960
- KAPP, Reinhard Das Erbschaftssteuergesetz, 3. Auflage, Hannover - Wülfel 1970
- KARPUS, Daniel Die Unentgeltlichkeit im Bürgerlichen Recht, insbesondere bei der ungerechtfertigten Bereicherung, Dissertation Köln 1936
- KASER, Max Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 2. Auflage, München 1971

KAUFFMANN, Walter	Wem gebühren die vor Rechtshängigkeit gezogenen Nutzungen des gutgläubigen Eigen- oder Nutzungsbesitzers bei Nichtigkeit des zugrundeliegenden Vertrags? LZ 1933, 1188 ff.
KIPP - COING	Erbrecht, Ein Lehrbuch, 11. Bearbeitung, Tübingen 1960
KLEINRAHM, Kurt	Anmerkung zu OLG Celle MDR 1948, 142
KOEHL, Ursula	Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB. Zugleich ein Beitrag zur Konkurrenzlehre, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 3, Berlin 1971
KOEPFEN, Wilhelm	Das negotium mixtum cum donatione nach Pandektenrecht und Reichsgesetzen, Dissertation Berlin 1901
KOETTER, Hans-Wilhelm	Zur Rechtsnatur der Leistungskondition, AcP 153, 193
KRAUSE, Hermann	Das Einigungsprinzip und die Neugestaltung des Sachenrechts, AcP 145, 312
KRAWIELICKI, Robert	Unentgeltlichkeit im Bereicherungsrecht, Jher Jb 81, 257 ff.
ders.	Unentgeltliche Verfügungen im Erbrecht, Gruch Beiträge 71, 113 ff.
KRUSE, Heinrich Wilhelm	Was kann im Steuerrecht unter "folgerichtiger Entscheidung" verstanden werden? StW 1958, 145 ff.
KÜHN, Rolf	Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, Steueranpassungsgesetz, Finanzverwaltungsgesetze, Nebengesetze, 8. Auflage, Stuttgart 1966 (zitiert: Kühn, Abgabenordnung)
KUHLENBECK, Ludwig	Der Verwahrungsvertrag (Hinterlegung, Depositum) JW 1909, 649
KUHN, Georg	Die Rechtsprechung des BGH zum Insolvenzrecht, WM 1964, 998 ff.
LANGE, Heinrich	Lehrbuch des Erbrechts, München und Berlin 1962
LANGE, Hermann	Verzugshaftung des Bereicherungsschuldners und des Besitzers, JZ 1964, 640 ff.

- LARENZ, Karl Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, München 1967
- ders. Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Band: Besonderer Teil, 10. Auflage, München 1972
- ders. Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Auflage, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1969
- LEHMANN, Heinrich Anmerkung zu BGH JZ 1954, 700 ff.
- LENT - SCHWAB Sachenrecht, 13. Auflage, München 1972
- LEONHARD, Franz Das Schuldrecht des BGB, II. Band, Besonderer Teil, München und Leipzig 1931
- LIEB, Manfred Nutzungsmöglichkeiten als Gegenstand von Bereicherungsansprüchen. Zugleich eine Stellungnahme zum "Flugreise"-Urteil des BGH, NJW 1971, 1289
- LIEBISCH, Arnold Das Wesen der unentgeltlichen Zuwendungen unter Lebenden im bürgerlichen Recht und im Reichssteuerrecht, Leipzig 1927
- LITTMANN, Eberhard Das Einkommenssteuerrecht, Kommentar zum Einkommenssteuergesetz, 9. Auflage, Stuttgart 1969
- LORENZ, Werner Entgeltliche und unentgeltliche Geschäfte. Eine vergleichende Betrachtung des deutschen und des angloamerikanischen Rechts, Festschrift für Max Rheinstein, Band II, Nationales und vergleichendes Privatrecht, Tübingen 1969
- ders. Zur Frage des bereicherungsrechtlichen "Durchgriffs" in Fällen des Doppelmangels, JZ 1968, 51
- LÜBBERT, E. Der Kreditvertrag. Ein Beitrag zur Geschichte und Dogmatik des Darlehens, Jher Jb 52, 313
- v. LÜBTOW, Ulrich Erbrecht, Eine systematische Darstellung, 1. Halbband, Berlin 1971
- ders. Miete und Leihe fremder Möbel, insbesondere zu LG Hagen NJW 1948, 341, AcP 150, 252

- | | |
|------------------------------|--|
| MEDICUS, Dieter | Bürgerliches Recht, Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung, 4. Auflage 1971 |
| MEGOW, Heinrich | Erbschaftssteuergesetz, 5. Auflage, Berlin und Frankfurt 1969 |
| MENTZEL - KUHN | Kommentar zur Konkursordnung, 7. Auflage, Berlin und Frankfurt/Main, 1962 |
| MODEL, Otto | Kommentar zum Erbschaftssteuer-Gesetz, Köln 1949 |
| MOTIVE: | Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band I, Allgemeiner Teil, Berlin und Leipzig, 1888; Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin und Leipzig 1888 |
| MÜHL, Otto | Zur Frage des Durchgriffs beim Doppel-mangel im Bereicherungsrecht, NJW 1968, 1868 |
| MÜLLER-FREIENFELS, Wolfram | Zur Haftung des Käufers bei nichtigem Kaufvertrag, Jher Jb 89, 345 |
| MÜLLER, Wilhelm | Die gemischte Schenkung, Jher Jb 48, 209 |
| MÜNICH, Dieter | Untersuchungen zum Verhältnis des Vindikationsanspruchs zu den übrigen Herausgabeansprüchen des bürgerlichen Rechts, Dissertation München 1964 |
| MÜNZEL, Konrad | Der Eigentumsanspruch und die Herausgabe der Nutzungen, JR 1933, 113 |
| NIKISCH, Arthur | Betätigungsverträge, ZAKDR 1940, 369 |
| CERTMANN, Paul | Kommentar zum BGB, Band 2, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Abteilung, 5. Auflage, Berlin 1928 |
| ders. | Entgeltliche Geschäfte, München 1912 |
| ders. | Verfügungen ohne Rechtsgrund über fremde Sachen, Recht 1915, 510 |
| PALANDT, Otto und Bearbeiter | Bürgerliches Gesetzbuch, 31. Auflage, München 1972 |

- PIERER VON ESCH
Heinrich Teilnichtige Rechtsgeschäfts. Das
Verhältnis von Parteiwille und Rechts-
satz, Köln - Berlin - Bonn - München
1968
- v. PLANCK Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch, I. Band, 4. Auflage, Berlin 1913;
II. Band, 2. Hälfte, 4. Auflage, Berlin
und Leipzig 1928
- PROTOKOLLE der Kommission für die zweite Lesung
des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetz-
buchs, II. Band, Berlin 1898
- PUCHTA, Georg Friedrich Cursus der Institutionen, System und
Geschichte des römischen Privatrechts,
Band 2, 9. Auflage, Leipzig 1881
- REGELSBERGER, Ferdinand Pandekten, 1. Band, Leipzig 1893
- ders. Vertrag mit zusammengesetztem Inhalt
oder Mehrheit mit Verträgen? Jher Jb
48, 452
- RGR-Kommentar Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar,
herausgegeben von Reichsgerichtsräten
und Bundesrichtern, II. Band 1. Teil,
11. Auflage, Berlin 1959; II. Band
2. Teil, 11. Auflage, Berlin 1960; III.
Band 1. Teil, 11. Auflage, Berlin 1959;
IV. Band 1. Teil, 10./11. Auflage, Ber-
lin 1960; IV. Band 2. Teil, 10./11. Auf-
lage, Berlin 1964; V. Band 1. Teil,
11. Auflage, Berlin 1960; V. Band 2.
Teil, 11. Auflage, Berlin 1961
- REINHARDT, Rudolf Vom Wesen des Geldes und seiner Ein-
fügung in die Güterordnung des Privat-
rechts, Festschrift für Boehmer, Bonn
1954, S. 60
- ders. Die Verpflichtung des Käufers zur Heraus-
gabe von Nutzungen bei nichtigen Kauf-
verträgen, ZAKDR 1938, 509
- RILK, Otto Anmerkung zu RG JW 1935, 2948
- ROTHOFT, Dietrich Vermögensverlust und Bereicherungsaus-
gleich, AcP 163, 215
- v. SAVIGNY, Friedrich
Karl System des heutigen Römischen Rechts,
4. Band, Berlin 1841

- SCHEYHING, Robert Leistungskondition und Bereicherung
"in sonstiger Weise", AcP 157, 371
- SCHLOSSER, Peter Bereicherungsansprüche bei unentgelt-
lichen sowie rechtsgrundlosen Verfü-
gungen eines Nichtberechtigten - BGHZ
37, 363, JuS 1963, 141
- SCHMIDT, Friedrich Der Freundschafts Kauf als gemischte
Schenkung, Erlangen 1950
- SCHRAMM, Theodor Die Rechtsnatur der Handschenkung,
MDR 1962, 961
- SCHREIBER, Otto Gemischte Verträge im Reichsschuld-
recht, Jher Jb 60, 179
- SCHULER, Hans Bereicherungsprobleme der §§ 816, 951
BGB, NJW 1962, 1842
- SCHWERDTNER, Peter Der Ersatz des Verlustes des Schadens-
freiheitsrabatts in der Haftpflicht-
versicherung. Zugleich ein Beitrag
zur Abgrenzung von Gefälligkeitsver-
handlungen und Rechtsgeschäften, NJW
1971, 1673
- SIBER, Heinrich Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit,
Jher Jb 70, 223
- SIEBERT, Wolfgang Die Verpflichtung des Käufers zur
Herausgabe von Nutzungen bei nichti-
gem Kaufvertrag, DGWR 1940, 241
- SIMSON, Walter Der Begriff des Entgelts, Dissertation
Halle 1909
- SOERGEL-SIEBERT
und Bearbeiter Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
Stuttgart-Köln-Mainz, Band 1, 10. Auf-
lage 1967; Band 2, 10. Auflage 1967;
Band 3, 10. Auflage 1969; Band 4, 10.
Auflage 1968; Band 5, 10. Auflage 1971;
V. Band, Erbrecht, 9. Auflage 1961
- SOHM, Rudolph Institutionen, Geschichte und System
des römischen Privatrechts, 17. Auf-
lage, München und Leipzig 1924
- SPITALER, Armin Die Einschränkung der wirtschaftlichen
Betrachtungsweise, Stb Jb 1962/63,
405

- v. STAUDINGER und
Bearbeiter Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Band, 11. Auflage, Berlin 1957; II. Band, Teil 2, 11. Auflage, Berlin 1955, Teil 4, Lieferung 3 der 11. Auflage, Berlin 1960; III. Band, Teil 1, 11. Auflage, Berlin 1956; IV. Band, Teil 2, 10./11. Auflage, Berlin 1970; Teil 3 a, 10./11. Auflage, Berlin 1966; Teil 3 b, 10./11. Auflage, Berlin 1969; V. Band, Teil 1, 11. Auflage, Berlin 1954; Teil 2, 10./11. Auflage, Berlin 1960
- STRUTZ, Eberhard Die Abzugsfähigkeit von Aufwendungen für den Erwerb der Sache im Rahmen des § 818 Abs. 3 BGB, NJW 1968, 141
- THIELE, Wolfgang Die Zustimmung in der Lehre vom Rechtsgeschäft, Köln-Berlin-Bonn-München 1966
- ders. Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung. Zur Einordnung der Schutzpflichtverletzungen in das Haftungssystem des Zivilrechts, JZ 1967, 649
- TIPKE - KRUSE Reichsabgabenordnung, Kommentar, 2.-5. Auflage, Köln 1965/72
- TITZE, Heinrich Bürgerliches Recht, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Auflage, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1932/48
- v. TUHR, Andreas Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Band, 1. Hälfte, Berlin 1914; 2. Band, 2. Hälfte, Berlin 1918
- ders. Der 86. Band der Entscheidungen des Reichsgerichts, DJZ 1916, 582
- v. VANGEROW, Karl
Adolph Lehrbuch der Pandekten, 1. Band, 7. Auflage, Marburg und Leipzig 1876
- VETZBERGER, Klaus Die unentgeltliche Übertragung einer Einkunftsquelle an einen nahen Angehörigen, DStR 1972, 231
- WEIMAR, Wilhelm Für den juristischen Nachwuchs: Kann der Ertrag durch Besitzverwertung nach § 816 BGB herausverlangt werden? MDR 1964, 383
- WEINTRAUD, Gerhard Die Saldotheorie. Ein Beitrag zur Lehre vom Gegenstand des Bereicherungsanspruchs, Breslau 1931

WEIRAUCH	Die gemischte Schenkung, Gruch Beitr- 48, 229
WERNER, Alfred	Anmerkung zu RG 1930, 3210
WESTERMANN, Harm Peter	Doppelmangel bei Bereicherungskette und Dreiecksverhältnis - BGHZ 48, 70, JuS 1968, 17
WESTERMANN, Harry	Sachenrecht, 5. Auflage, Karlsruhe 1966
WIELING, Hans Josef	Die Nutzungen des gutgläubigen Be- sitzers, insbesondere in fehlgeschla- genen Vertragsverhältnissen, AcP 169, 137
WIETHÜLTER, Rudolf	Anmerkung zu BGH JZ 1963, 285
WILBURG, Walter	Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht, Kritik und Aufbau, Festschrift der Universität Graz 1934
WINDSCHEID, Bernhard	Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. Band, 5. Auflage, Stuttgart 1879
WOLF, Ernst	Lehrbuch des Sachenrechts, Köln-Bonn, Berlin-München 1971
WOLFF-RAISER	Sachenrecht, 10. Auflage, Tübingen 1957
ZIEGLER, Rudolf	Die gemischte Schenkung, Dissertation Leipzig 1937
ZILL, Gerhard	Unentgeltliche Verfügungen im Sinne von § 816 Abs. 1 S. 2 BGB, Dissertation Halle - Wittenberg 1936
ZWEIGERT, Konrad	Rechtsvergleichend-Kritisches zum gut- gläubigen Mobiliarerwerb, Rabels Z 1958, 1 ff.

Einleitung: Überblick über die Problematik in ihrer theoretischen und praktischen Bedeutung. Abgrenzung des Themas

An vielen Stellen des Gesetzes taucht der Begriff des unentgeltlichen Rechtsgeschäftes in immer wieder abgewandelter Form auf, wobei ihm vor allem im Bürgerlichen Recht besondere Bedeutung zukommt. Trotz der Häufigkeit findet sich im Gesetz weder eine Begriffsbestimmung noch eine einheitliche Regelung; auch in Literatur und Rechtsprechung sind die entgeltlichen und unentgeltlichen Geschäfte nicht genügend voneinander abgegrenzt¹⁾. Mit dieser Arbeit sollen nun Begriff, Rechtsfolgen und Anwendungsgebiet des unentgeltlichen Rechtsgeschäfts anhand der einzelnen Vorschriften untersucht werden, wobei sich auch die Frage nach einer übereinstimmenden Begriffsbestimmung erheben wird. Allerdings kann dabei nicht jede Norm berücksichtigt werden, bei der der Begriff des unentgeltlichen Rechtsgeschäfts oder ein ähnlicher Ausdruck vorkommt²⁾. Die Arbeit soll vielmehr nur auf die Bestimmungen beschränkt bleiben, die einen für unentgeltliche Rechtsgeschäfte typischen und bedeutsamen Charakter aufweisen.

Dies trifft einmal für die Schenkungsbestimmungen zu, für die das Merkmal der Unentgeltlichkeit sogar Tatbestandsvoraussetzung ist. Besonderes Gewicht soll hierbei unter anderem auf die Problematik der teilentgeltlichen Rechtsgeschäfts ge-

1) Lorenz, Werner, Entgeltliche und unentgeltliche Geschäfte. Eine vergleichende Betrachtung des deutschen und des anglo-amerikanischen Rechts, Festschrift für Max Rheinstein, Band II, Nationales und vergleichendes Privatrecht, Tübingen 1969, S. 550 ff., spricht von einer "grauen Zone" zwischen Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit.

2) Aus einer Vielzahl seien genannt: §§ 330 Satz 2, 1615 e Abs. 1 Satz 2 BGB; 71 Abs. 1 Nr. 4, 153 Abs. 3 Akt G; 53 Abs. 2 Urh G; 6 Abs. 2, 25 ErbStG; 2 Nr. 5 Kap Verk StG; 7, 11 d Abs. 1 EStDV; 6 LStDV.

legt werden. Charakteristisch ist die Unentgeltlichkeit weiter für die sogenannten Gefälligkeitsverträge, zu denen Leihe (§ 598 BGB), Auftrag (§ 662 BGB), unentgeltliche Verwahrung (§ 690 BGB) und zinsloses Darlehen zu rechnen sind. Im Bereicherungs- bzw. Sachenrecht findet sich der Unentgeltlichkeitsbegriff in den wichtigen und sich ergänzenden Bestimmungen der §§ 816 Abs. 1 Satz 2, 822 und 988 BGB wieder. In diesem Zusammenhang ist insbesondere das Problem der Gleichstellung rechtsgrundloser Verfügungen mit unentgeltlichen Verfügungen von erheblicher Bedeutung. Eine Anzahl familienrechtlicher Bestimmungen¹⁾, die den Unentgeltlichkeitsbegriff beinhalten, gesteht dem Schenker hinsichtlich seiner Zuwendungen ein Bestimmungsrecht zu. Auch in einzelnen Vorschriften des Erbrechts ist der Begriff des unentgeltlichen Rechtsgeschäfts normiert. Verfügt der Vorerbe über einen Erbschaftsgegenstand unentgeltlich, ist diese Verfügung im Falle des Eintritts der Nacherfolge unwirksam, falls hierdurch das Recht des Nacherben vereitelt oder beeinträchtigt wurde²⁾. Wie die Eltern bzw. der Vormund bei der Verwaltung des Kindsvermögens ist auch der Testamentsvollstrecker bei der Verwaltung des Nachlasses grundsätzlich nicht zu unentgeltlichen Verfügungen berechtigt³⁾. Durch die §§ 2287 f. und §§ 2325 f., 2329 BGB soll der Vertragserbe bzw. Pflichtteilsberechtigte gegen unentgeltliche Zuwendungen des Erblassers geschützt werden. Beim Erbschafts Kauf trifft den Verkäufer eine Wertersatzpflicht, wenn er vor dem Verkauf der Erbschaft einen Erbschaftsgegenstand unentgeltlich veräußert oder belastet hat⁴⁾. Diese Verpflichtung trifft nach § 2385 Abs. 2 BGB jedoch nicht den Schenker einer Erbschaft.

1) §§ 1374 Abs. 2, 1375 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3, 1390 Abs. 1 Satz 1; 1418 Abs. 2 Nr. 2, 1425 Abs. 1, 1638 Abs. 1, 1639 Abs. 1, 1641, 1803 Abs. 1, 1804, 1909 Abs. 1 BGB.

2) § 2113 Abs. 2 BGB.

3) § 2205 BGB.

4) § 2375 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Einheitliche Grundsätze gelten auch für die unentgeltlichen Rechtsgeschäfte des Schuldners während und außerhalb des Konkursverfahrens. So unterliegen die im letzten Jahre vor der Eröffnung des Konkursverfahrens von dem Gemeinschuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen grundsätzlich der Schenkungsanfechtung. Eine entsprechende Regelung ist in § 3 Abs. 1 Nr. 3 und 4, 7 Abs. 2, 11 Abs. 2 Nr. 3 AnFG getroffen. Hiernach können die nach § 2 AnFG anfechtungsberechtigten Gläubiger die vom Schuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen als ihnen gegenüber unwirksam anfechten und das vom Schuldner Veräußerte vom Empfänger zum Zweck ihrer Befriedigung herausverlangen. Ebenso findet sich der Begriff der Unentgeltlichkeit auch im Steuerrecht¹⁾: Wesentliche Bedeutung kommt ihm dabei im Erbschaftssteuerrecht zu. Eine Schenkung unter Lebenden ist ebenso wie jede andere "freigebigte Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird", ein erbschaftssteuerpflichtiger Vorgang²⁾.

Die aufgezählten Bestimmungen spiegeln in charakteristischer Weise das Wesen der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte wieder, sodaß sich insoweit thematisch eine Begrenzung rechtfertigt; die übrigen Gesetzesstellen, die den Begriff des unentgeltlichen Rechtsgeschäfts ebenfalls beinhalten, wiederholen im wesentlichen den Inhalt dieser Vorschriften, sodaß eine weitgehende Bezugnahme möglich erscheint.

1) Vgl. unter anderem §§ 21 Abs. 2 EStG; 7, 11 d EStDV;
6 LStDV; 2 Kap VerkStG; 1, 3, 6, 25 ErbStG.

2) §§ 1 Abs. 1 Nr. 2, 3 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ErbStG.

Erster Teil: Versuch einer systematischen Eingliederung und einheitlichen Bestimmung des unentgeltlichen Rechtsgeschäfts

Erster Abschnitt: Einordnung des unentgeltlichen Rechtsgeschäfts in die bürgerlich-rechtliche Systematik

Erster Unterabschnitt: Begriff des Rechtsgeschäfts

I. Das Rechtsgeschäft als primärer Rechtsbegriff

Im Bürgerlichen Gesetzbuch findet sich keine Begriffsbestimmung des unentgeltlichen Rechtsgeschäfts. Nicht einmal der Begriff des Rechtsgeschäfts ist definiert, er wird als gegeben vorausgesetzt. An verschiedenerlei Stellen des Gesetzes ist von Schuldverhältnissen die Rede. Diese entstehen durch Gesetz, Verwaltungsakt oder, was hier interessiert, durch ein Rechtsgeschäft. Die Motive kennzeichnen das Rechtsgeschäft als eine "Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, der nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist."¹⁾

Heute ist man sich über den Begriff des Rechtsgeschäfts im wesentlichen einig. Man versteht hierunter eine oder mehrere private Willenserklärungen, die darauf abzielen, einen bestimmten Rechtserfolg herbeizuführen²⁾. Aus dieser Definition geht hervor, daß das Rechtsgeschäft das Mittel ist, mit Hilfe dessen die Rechtssubjekte ihre rechtlichen Beziehungen zueinander gestalten.

1) Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band I, 126.

2) Für viele Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, München 1967, § 24 I, S. 316; Staudinger-Coing, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Band, 11. Auflage, Berlin 1957, Rdnr. 2 a vor §§ 104 ff. BGB; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Halbband, 15. Auflage, Tübingen 1960, § 145 I, S. 894 f.

Es stellt die Grundlage für die Realisierung des im Bürgerlichen Recht zur Regel erhobenen Prinzips der Privatautonomie dar. In diesem Zusammenhang wird die Ansicht vertreten, daß es nicht "das" Rechtsgeschäft an sich gibt, es kommt vielmehr auf die einzelnen von der Rechtsordnung festgelegten Aktstypen wie Schenkung, Übertragung einer Grundschuld, Adoption, Erbvertrag usw. an, die alle unter die Abstraktion des Rechtsgeschäftsbegriffs fallen¹⁾. Dem ist zu entgegnen, daß das Rechtsgeschäft ein apriorischer, rechtlicher Sinnbegriff ist, der die Grundlage dafür bildet, daß konkrete Aktstypen überhaupt herbeigeführt werden²⁾.

II. Rechtsgeschäft und Willenserklärung

Voraussetzung für das Rechtsgeschäft ist, daß der Wille, einen bestimmten Rechtserfolg herbeizuführen, "erklärt" ist; es müssen also eine oder mehrere Willenserklärungen vorliegen. Auch der elementare Begriff der Willenserklärung ist gesetzlich nicht definiert. Die Verfasser des BGB gingen sogar davon aus, daß die Begriffe Willenserklärung und Rechtsgeschäft im wesentlichen gleichbedeutend sind³⁾. Eine Willenserklärung führt aber in den meisten Fällen nicht für sich allein gesehen die gewünschte Rechtswirkung herbei; es müssen oft zusätzliche Voraussetzungen erfüllt sein. Hauptbeispiel hierfür ist der Vertrag, der mindestens zwei Willenserklärungen voraussetzt, wobei erst durch das Zusammentreffen der Willenserklärungen das Rechtsgeschäft zustandekommt. Nur ausnahmsweise können die Begriffe Rechtsgeschäft und Willenserklärung gleichgesetzt werden, nämlich dann, wenn sich das Rechtsgeschäft in einer Willenserklärung erschöpft. Wie im Fall der Auslobung (§ 657 BGB) oder der Kündigung⁴⁾ ist dies dann der Fall, wenn eine einzelne Willenserklärung bereits genügt, um die beabsichtigte Rechtswirkung zu erzielen.

-
- 1) So Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Das Rechtsgeschäft, Berlin-Heidelberg-New York 1965, § 2, 1, S. 23.
 - 2) Zutreffend dazu Larenz, Allgemeiner Teil, a.a.O., § 24 I, S. 316.
 - 3) Vgl. Staudinger-Coing, Allgemeiner Teil, a.a.O., Rdnr. 8 vor §§ 104 ff. BGB.
 - 4) Hierzu Soergel-Siebert-Hefermehl, Allgemeiner Teil, a.a.O., Rdnr. 1 vor §§ 104 ff. BGB.

III . Verfügung, Zuwendung und Leistung, Abgrenzung der Begriffe

Im Gesetz findet sich der Begriff des "unentgeltlichen Rechtsgeschäfts" nicht. Die Unentgeltlichkeit von Rechtsgeschäften wird im wesentlichen in Beziehung gebracht mit den Begriffen Verfügung¹⁾ und Zuwendung²⁾, vereinzelt auch mit dem der Leistung³⁾, wobei aber für alle drei Ausdrücke die Terminologie zum Teil recht ungenau bleibt.

Um das Wesen und den Begriff der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte besser herausarbeiten zu können, ist es zweckmäßig, auf die Begriffe Verfügung, Zuwendung und Leistung und ihre Unterschiede näher einzugehen.

1. Verfügung

Der Begriff der Verfügung gehört zu den grundlegenden Begriffen unserer Rechtsordnung. Wie so häufig ist er trotz seiner Bedeutung im Gesetz nicht erklärt.

Oft wird die Verfügung definiert als ein Rechtsgeschäft, durch welches unmittelbar ein Recht übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben wird⁴⁾. An dieser Definition ist aber zu beanstanden, daß sie nur beispielhaft die einzelnen Arten der Verfügungen aufzählt, ohne jedoch zum Wesen der Verfügung etwas beizutragen. Eine allgemeinere Aussage läßt sich nur gewinnen, wenn der Verfügungsbegriff abstrakt betrachtet wird. So gesehen stellt die Verfügung ein Rechtsgeschäft dar, durch das der Verfügende

1) Unter anderem an folgenden Gesetzesstellen: §§ 816 Abs. 1 Satz 2, 2113 Abs. 2, 2205 Satz 3, 2375 Abs. 1 Satz 2 BGB; § 32 Nr. 1 und 2 KO.

2) Der Begriff der unentgeltlichen Zuwendung ist wörtlich oder sinngemäß in den §§ 330 Satz 2, 516 Abs. 1, 822, 1375 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3, 1390 Abs. 1 Satz 1, 1418 Abs. 2 Nr. 2, 1638 Abs. 1, 1639 Abs. 1, 1803 Abs. 1, 1909 Abs. 1 BGB; 3 Abs. 1 Nr. 3 u. 4, 3a, 11 Abs. 2 Nr. 3 AnfG; 3 ErbStG.

3) Siehe z.B. §§ 37 Abs. 2 KO, 7 Abs. 2 AnfG.

4) Statt vieler Staudinger-Coing, Allgemeiner Teil, a.a.O., Rdnr. 63 vor §§ 104 ff. BGB; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, 2. Halbband, a.a.O., § 143 II, S. 882.

unmittelbar auf ein Recht oder Rechtsverhältnis¹⁾ einwirkt²⁾. Es muß also die Rechtsstellung des bisherigen Berechtigten geändert werden, wenn von einer Verfügung gesprochen werden soll. Die Eigentumsübertragung ist z.B. keine Verfügung hinsichtlich des Erwerbs, sondern nur hinsichtlich der Übertragung des Eigentums. Erläßt der Gläubiger dem Schuldner die Forderung oder tritt er die Forderung ab, liegt insoweit eine Verfügung über das Forderungsrecht vor.

2. Zuwendung

Der Begriff der Zuwendung wird ähnlich wie der Verfügungsbegriff im Gesetz vielfach gebraucht. Im BGB ist teils von unentgeltlichen Zuwendungen die Rede³⁾, teils findet sich lediglich der Ausdruck "Zuwendung", wie in den §§ 1514, 1638, 2050 BGB. Darüber hinaus wird der Begriff auch an zahlreichen anderen Stellen verwendet, vor allem im Schenkungssteuerrecht in Gestalt der freigebigen Zuwendung (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG) und der Zweckzuwendung (§ 4 ErbStG). Was man unter dem Begriff der Zuwendung zu verstehen hat, ist jedoch, wie so oft, im Gesetz nicht bestimmt.

-
- 1) Dies kann z.B. bei der Vertragsübernahme der Fall sein. Flume, Allgemeiner Teil, 2. Band, a.a.O., § 11, 5 b, S. 141 und Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., sind dagegen der Auffassung, daß nur über ein einzelnes subjektives Recht verfügt werden kann. Wie hier von Tuhr, Andreas, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Band, 1. Hälfte, Berlin 1914, § 54 I S. 238, und auch Larenz, Allgemeiner Teil, a.a.O., § 24 I, S. 326, der den Änderungsvertrag gemäß § 305 BGB, den Rücktritt und die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses als Verfügungen über ein Schuldverhältnis ansieht. Eingehend zu Verfügungen über Rechtsverhältnisse Thiele, Wolfgang, Die Zustimmungen in der Lehre vom Rechtsgeschäft, Köln-Berlin-Bonn-München 1966, S. 35.
 - 2) Zutreffende Darlegungen hierzu bei Flume, Allgemeiner Teil, 2. Band, a.a.O., S. 140; Gießler, Hans, Zur begrifflichen Abgrenzung des Vermögensrechts, Diss. München 1964, S. 13.
 - 3) Siehe oben S. 6 Fußn. 2.

Allgemein ist die Zuwendung als eine Handlung zu bezeichnen, die darauf angelegt ist, einem anderen einen Vermögensvorteil¹⁾ zu verschaffen²⁾. In der Regel wird die Zuwendung, die stets auf menschliches Handeln zurückzuführen ist, eine bewußte Mehrung des Vermögens beinhalten. Die Zuwendung muß dabei nicht von einer Absicht getragen sein. Wie sich an dem Beispiel³⁾ zeigt, daß jemand eine Erbschaft ausschlägt, ohne zu wissen, daß sie damit dem nächstberufenen Erben zufällt, sind durchaus unbeabsichtigte und ungewollte Zuwendungen denkbar⁴⁾. Einem über die Vermögensmehrung hinausgehenden Zweck dient die Zuwendung aber nicht⁵⁾.

-
- 1) Im juristischen Sinne ist unter Vermögen im Gegensatz zur nationalökonomischen Betrachtungsweise jedes verfügbare Recht ohne Rücksicht auf seinen Geldwert zu verstehen (Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, 1. Halbband, a.a.O., § 78 II, S. 456; Batsch, Karl-Ludwig, Vermögensverschiebung und Bereicherungsherausgabe in den Fällen unbefugten Gebrauchs bzw. Nutzens von Gegenständen (Eine Kritik der Lehre von der 'Eingriffskondition'), Diss. Marburg 1968, S. 99 ff.). Im Rahmen des Zuwendungsbegriffs wird der Vermögensbegriff von der Lehre aber "untechnisch im Sinne aller, nicht notwendig geldwerter Güter" gesehen (Beuthien, Volker, Zuwender und Leistender, JZ 1968, 323, Fußn. 1 mit weiteren Literaturhinweisen).
 - 2) A.A. Jung, Richard, Die freigebige Zuwendung im Erbschaftssteuerrecht, Düsseldorf 1959, S. 8, der die Verschaffung irgendeines, auch nicht vermögenswerten Vorteils genügen lassen will. Wie sich anhand der §§ 516 f., 2050 f., 2315, 2331 BGB zeigt, stellt das BGB bei der Zuwendung jedoch auf die Verschaffung von Vermögensvorteilen ab.
 - 3) Hierzu Liebisch, Arnold, Das Wesen der unentgeltlichen Zuwendungen unter Lebenden im bürgerlichen Recht und im Reichssteuerrecht, Leipzig 1927, S. 17; von Tuhr, Andreas, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Band, 2. Hälfte, Berlin 1918, § 71, S. 49 ff., 54.
 - 4) So auch Beuthien, a.a.O., S. 323 Fußn. 2.
 - 5) Ähnlich Berg, Hans, Anmerkung zu BGH NJW 1961, 2252, NJW 1962, 101; Rothgeft, Dietrich, Vermögensverlust und Bereicherungsausgleich, AcP 163, 215 ff.; Scheyhing, Robert, Leistungskondition und Bereicherung "in sonstiger Weise", AcP 157, 371 ff.; Kötter, Hans-Wilhelm, Zur Rechtsnatur der Leistungskondition, AcP 153, 195 ff. Ebenso Medicus, Dieter, Bürgerliches Recht, Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung, 4. Auflage 1971, § 27 I 2, S. 274; Esser, Josef, Schuldrecht, Band II: Besonderer Teil, 4. Auflage, Karlsruhe 1971, § 101 I, S. 338 f., die jedoch zumindest für das Bereicherungsrecht auf den Zuwendungsbegriff ganz verzichten wollen.

Auch wenn im Gesetz sehr häufig von unentgeltlichen Zuwendungen die Rede ist, kann die Unentgeltlichkeit nicht als ein Begriffsmerkmal der Zuwendung angesehen werden. Dies ergibt sich unter anderem auch daraus, daß im Rahmen der §§ 2050 ff. BGB auch entgeltliche Zuwendungen denkbar sind. Allein wegen der Bedeutung der Zuwendung im Schenkungsrecht spielen jedoch die unentgeltlichen Zuwendungen eine wesentlich größere Rolle als die entgeltlichen. Anzumerken ist dabei, daß nicht jede unentgeltliche Zuwendung einer Schenkung gleichzusetzen ist. Der Begriff der unentgeltlichen Zuwendung geht, wie sich noch zeigen wird¹⁾, weiter als der der Schenkung. Er umfaßt auch andere Rechtsgeschäftstypen, wie z.B. Leihe, unverzinsliches Darlehen, Auftrag, unentgeltliche Verwahrung usw.

Die Zuwendungen, die grundsätzlich auf einer erlaubten Handlung beruhen²⁾, sind meist rechtsgeschäftlicher Natur, wie sich z.B. an folgenden Verfügungsgeschäften wie Eigentumsübertragung, Pfandrechtsbestellung, Erlaß und Übertragung einer Forderung zeigt. Dies heißt aber nicht, daß eine Zuwendung und eine Verfügung das gleiche bedeuten. Dem Inhalt nach kommen beide Begriffe zwar einander sehr nahe, es bestehen aber doch erhebliche Unterschiede, wie sich am Beispiel des abstrakten Schuldversprechens zeigt. Dieses stellt keine Verfügung dar, denn es wird nicht auf ein bestehendes Recht eingewirkt, sondern ein neues geschaffen. In der Begründung der Forderung liegt jedoch eine Zuwendung, da dem Versprechensempfänger ein Vorteil verschafft wird. Hinzu kommt, daß Verfügungen auf das Gebiet der Rechtsgeschäfte beschränkt bleiben, Zuwendungen hingegen können auch durch tatsächliche Handlungen und durch Unterlassungen bewirkt werden³⁾. Andererseits gibt es Verfügungen, die keine Zuwendungen darstellen. Für die Zuwendung ist charakteristisch, daß sie verschiedene Personen betrifft. Erfolgt ein Rechtsgeschäft, ohne daß eine Gegenpartei vorhanden ist, so kann nicht mehr von einer Zuwendung

1) Siehe unten S. 30 f.

2) Dazu Jung, a.a.O., S. 9 f., 32; Liebisch, a.a.O., S. 19.

3) Grundlegend hierzu Liebisch, a.a.O., S. 21 f.

gesprochen werden. Als Beispiel läßt sich hier die Eigentumsaufgabe (§§ 928, 959 BGB) anführen, die eindeutig als Verfügung zu klassifizieren ist. Etwas anderes gilt dann, wenn das Eigentum zugunsten einer anderen Person aufgegeben wird. In diesem Fall liegt wegen der Vorteilsverschaffung neben der Verfügung zugleich eine Zuwendung vor.

3. Leistung

Zum Begriff der Leistung, der vor allem im Bereicherungsrecht erhebliche Bedeutung erlangt, findet sich in § 241 Satz 2 BGB der Hinweis, daß die Leistung "auch in einem Unterlassen bestehen kann". Aus dieser Formulierung kann man schließen, daß die Leistung entgegen dem deutschen Wort "leisten", das eine positive Handlung voraussetzt, begrifflich ein positives Tun oder ein Unterlassen zum Inhalt hat. Als Leistung ist danach allgemein zunächst jedes rechtswirksame Verhalten des Schuldners gegenüber seinem Gläubiger zu verstehen. Eine nähere Konkretisierung des Begriffs wird insbesondere im Hinblick auf bereicherungsrechtliche Probleme notwendig. Nach der neueren Lehre¹⁾ kommt es hierbei für den Leistungsbegriff maßgeblich auf das Moment der Zweckrichtung²⁾ an. Unter einer Leistung ist danach die bewußt zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens zu verstehen. Damit wird der Unterschied zum Zuwendungsbegriff deutlich, bei dem die Zwecksetzung nicht Voraussetzung ist. Im übrigen beinhaltet die Leistung alle positiven Merkmale der Zuwendung, die daher als

1) Vgl. Beuthien, a.a.O., S. 323; Medicus, a.a.O., § 27 I S. 273 ff.; Esser, Josef, Schuldrecht Band II, a.a.O., § 101 I 1, S. 337 ff.; Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Band: Besonderer Teil, 10. Auflage, München 1972, § 68 I a, S. 404; Fikentscher, Wolfgang, Schuldrecht, 3. Auflage, Berlin, New York, 1971, § 99 II 1 a, S. 568; Gerhardt, Walter, Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung, Göttingen 1969, S. 167 ff. Ebenso auch Koeb, Ursula, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB, Berlin 1971, S. 209 f., S. 353 Fußn. 164.

2) Ein Beispiel für den Leistungszweck ist die Schuldtilgung.

ein Teil, und zwar als ein sehr wesentlicher Teil der Leistung aufzufassen ist. Schließlich liegt der maßgebliche Bestandteil der Leistung in der Wertverschaffung und damit in der Zuwendung.

Keine Schwierigkeiten bereitet es auch, den Leistungsbegriff vom Begriff der Verfügungen abzugrenzen. Eine Leistung kann eine Verfügung darstellen, wenn sie auf ein bestimmtes Recht oder Rechtsverhältnis einwirkt. Dies muß aber nicht sein, wie sich an den Beispielen, Überlassung einer Mietsache oder Übernahme einer Bürgschaft für eine Verbindlichkeit zeigt. Wenn auch die meisten Verfügungen eine Leistung beinhalten, so lassen sich auch hier Ausnahmen anführen. Durch die Aufgabe eines Rechts wird lediglich erreicht, daß das Recht erlischt, ohne daß gleichzeitig für einen anderen ein Recht begründet wird. Der Verzicht auf das Grundstückseigentum (§ 928 BGB) und die Aufgabe des Eigentums an beweglichen Sachen (§ 959 BGB) stellen zwei Verfügungen dar. Soweit diesen Aufhebungsgeschäften aber keine schuldrechtliche Verpflichtung zugrundeliegt, kann nicht von Leistungshandlungen gesprochen werden.

Zweiter Unterabschnitt: Systematische Einordnung des unentgeltlichen Rechtsgeschäfts

Im Folgenden soll versucht werden, die entgeltlichen bzw. unentgeltlichen Rechtsgeschäfte in die Systematik der bürgerlich-rechtlichen Rechtsgeschäfte einzuordnen.

Der Gesetzgeber hat eine Reihe von Rechtsgeschäftstypen anerkannt, die nach verschiedenen Gesichtspunkten einzuordnen sind. In Frage kommt dabei in erster Linie eine komplementär ausgerichtete Einteilung, da hierbei alle möglichen Arten von Rechtsgeschäften erfaßt werden können.

I. Einteilungsmöglichkeiten der Rechtsgeschäfte

Zu den wichtigsten Rechtsgeschäften gehören die Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte. Von Verpflichtungsgeschäften spricht man, wenn sich jemand gegenüber einer anderen Person verpflichtet, eine Leistung zu erbringen. Hingegen sind Verfügungsgeschäfte solche Rechtsgeschäfte, die unmittelbar auf ein bestehendes Recht einwirken. Ein maßgeblicher Unterschied zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft besteht unter anderem darin, daß sich jemand bei einem Verpflichtungsgeschäft beliebig oft verpflichten kann, z.B. dadurch, daß er einen Gegenstand mehrfach wirksam verschenkt. Bei einem Verfügungsgeschäft dagegen verhindert eine frühere wirksame Verfügung die Wirksamkeit einer späteren, wenn diese mit ihr im Widerspruch steht¹⁾. Ein Grundstück kann vom Eigentümer und Verkäufer schließlich nur einmal übereignet werden, denn mit der Übereignung geht das Eigentum und die Verfügungsmacht auf den Erwerber über, sodaß für den Verkäufer insoweit keine Verfügungsmöglichkeit mehr besteht.²⁾

Eng verwandt mit den Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften ist die Gruppe der kausalen und abstrakten Rechtsgeschäfte. Dabei sind die kausalen Geschäfte den verpflichtenden Geschäften zuzuordnen; denn diese beinhalten regelmäßig die "causa" der

1) Eine Ausnahme hiervon liegt beim gutgläubigen Erwerb des Dritten vor (§§ 932, 892 BGB).

2) Zutreffend Larenz, Allgemeiner Teil, a.a.O., § 24 I, S. 326

Verpflichtung. Als Hauptbeispiel sind hier die gegenseitigen Verträge zu nennen, während die abstrakten Verpflichtungsgeschäfte (§§ 780, 781 BGB) die Ausnahme bilden. Letztere Geschäfte sind dadurch gekennzeichnet, daß die Verpflichtung abstrakt, d.h. losgelöst vom erstrebten weiteren Rechtserfolg, vorgenommen wird. Die zu den kausalen Geschäften im Gegensatz stehenden abstrakten Rechtsgeschäfte sind in der Weise charakterisiert, daß sie grundsätzlich unabhängig davon gelten, ob das Grundgeschäft wirksam ist. Hauptfall sind hier die dinglichen Rechtsgeschäfte, die nach unserem Bürgerlichen Recht von den zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäften losgelöst sind.

Die meisten Rechtsgeschäfte sind mehrseitiger Natur, wie sich an den vertraglichen Schuldverhältnissen zeigt. Hier werden zwei (oder mehrere) Partner mit funktionell voneinander abhängigen Leistungspflichten belastet. Bei den einseitigen Rechtsgeschäften wie Stiftung (§§ 80, 82 BGB), Schenkungsversprechen (§ 516 BGB), Auslobung (§ 657 BGB), Vermächtnis (§ 2174 BGB) usw. ist nur der eine Teil zu einer Leistung verpflichtet.¹⁾

Es bestehen aber auch noch zahlreiche andere Einteilungsmöglichkeiten. Dabei ist zu denken an schuld-, sachen-, familien- und erbrechtliche Rechtsgeschäfte, an Rechtsgeschäfte von Todes wegen und unter Lebenden, an Vor- und Hauptgeschäfte, an formbedürftige und formfreie Rechtsgeschäfte usw. Das Hauptinteresse soll in diesem Zusammenhang aber der Gruppe der entgeltlichen und unentgeltlichen Rechtsgeschäfte zukommen.

II. Entgeltliche und unentgeltliche Rechtsgeschäfte als Gegensatzpaar

Die Mehrzahl der Rechtsgeschäfte, die im besonderen Teil des Schuldrechts eine Regelung gefunden haben, sind entgeltlicher Natur. Auf diese Geschäfte paßt die Formel: do, ut des. Nach dem Willen der Vertragspartner steht der einen Leistung eine

1) Dazu Larenz, Allgemeiner Teil, a.a.O., § 24 I, S.324

andere von entsprechendem Gegenwert gegenüber. Im Gegensatz dazu wird bei unentgeltlichen Rechtsgeschäften, wie Schenkung, Leihe, Auftrag usw. eine Zuwendung gegeben, ohne daß dabei eine Gegenleistung erbracht wird. Bei Leistungsstörungen sind daher auch nicht die §§ 320 ff. BGB, sondern die §§ 275 ff. BGB heranzuziehen.

Die Frage, ob eine entgeltliche oder unentgeltliche Verpflichtung begründet wird, bezieht sich auf den Rechtsgrund¹⁾. Die Gruppe der entgeltlichen und unentgeltlichen Rechtsgeschäfte ist daher unter die kausalen Rechtsgeschäfte einzureihen. Dagegen sind abstrakte Rechtsgeschäfte als neutral zu bezeichnen; denn sie sind unabhängig von der Vereinbarung über den Rechtsgrund. Der im Gesetz häufig gebrauchte Ausdruck "unentgeltliche Verfügung"²⁾ kann daher leicht zu Mißverständnissen führen. Eine Verfügung ist nur dann unentgeltlich, wenn das zugrundeliegende kausale Rechtsgeschäft unentgeltlich ist. Die Verfügung ist für sich gesehen neutral; die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit ergibt sich nur aufgrund des kausalen Geschäfts, auf das sich das Verfügungsge-
schäft gründet.

1) Dazu eingehend unten S. 72, vgl. auch S. 35 ff.

2) Siehe §§ 816 Abs. 1 Satz 2, 2113 Abs. 2, 2205 Satz 3 BGB.

Zutreffend Larenz, Allgemeiner Teil, a.a.O., § 24, S. 331 f.

Zweiter Abschnitt: Möglichkeit einer allgemeinen Begriffsbestimmung des unentgeltlichen Rechtsgeschäfts

Erster Unterabschnitt: Überblick über die geschichtliche Entwicklung des Unentgeltlichkeitsbegriffs

I. Römisches Recht

Im römischen Recht waren unentgeltliche Rechtsgeschäfte ursprünglich nicht bekannt. Vermögen in Form der *res Mancipi* konnte ursprünglich nur im Wege der *Mancipatio* oder der *in iure cessio* übertragen werden¹⁾. Beiden Übertragungsarten lag das Prinzip der Entgeltlichkeit zugrunde, es war stets eine Gegenleistung in Geld oder anderen Gegenwerten erforderlich²⁾. Später wurde die förmliche *Mancipatio* und die *in iure cessio* durch die formlose *traditio* in den Hintergrund gedrängt. Mittels dieser Übertragungsform konnte zivilrechtliches Eigentum nicht nur - wie ursprünglich - hinsichtlich der *res nec Mancipi* verschafft werden. Es zeigte sich aber, daß der Rechtsverkehr mit zunehmender Entwicklung ohne unentgeltliche Rechtsgeschäfte nicht mehr auskam. Um in Rahmen der Gesetze zu bleiben, trat an die Stelle der Zahlung die symbolhafte Übergabe eines Kupferstückchens oder kleinen Geldstücks.

Dies führte zur *Mancipatio nummo uno*, d.h. die Sache wurde für "einen Sesterz" verkauft³⁾. Aus dieser Übertragungsform entwickelte sich im Laufe der Zeit schließlich zwangsläufig das Institut der Schenkung; die Schenkung wurde dabei jedoch nicht als unentgeltliches Rechtsgeschäft, sondern als bloßer Eigentumserwerbsgrund verstanden⁴⁾.

-
- 1) Hierzu näher Kaser, Max, Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 2. Auflage, München 1971, § 9 II, S. 41 ff.; vgl. auch Sohm, Rudolph, Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, 17. Auflage, München und Leipzig 1924, S. 48 ff.
 - 2) Nur das entgeltliche Veräußerungsgeschäft war rechtlich gültig, unentgeltliche Geschäfte fehlten zur Zeit des Zwölftafelgesetzes, vgl. Sohm, a.a.O., S. 50.
 - 3) Hierzu Kaser, a.a.O., S. 46 f.; Sohm, a.a.O., S. 58.
 - 4) Vgl. Kaser, a.a.O., § 140 I 2, S. 602.

Bereits zur republikanischen Zeit war anerkannt, daß mit der donatio vollgültiges Eigentum erworben werden konnte¹⁾. Darüber hinaus wurde auch anderen freigebigen Rechtsgeschäften wie commodatum²⁾, mandatum³⁾ oder depositum⁴⁾ rechtliche Wirksamkeit zugestanden. Die Begriffe Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit wurden von den römischen Juristen weniger allgemein als kasuistisch voneinander abgegrenzt. So hielt man es z.B. für ein entgeltliches Geschäft und nicht für eine Schenkung, wenn ein fremder Name gegen Geld angenommen wurde⁵⁾. In gleicher Weise wurden nachträgliche Dienstvergütungen als entgeltliche Gegenleistungen und nicht als Schenkung angesehen⁶⁾. Aus diesen Beispielen geht hervor, daß bereits nach der damaligen Auffassung die konditionale Verknüpfung zweier Leistungen geeignet erschien, die Unentgeltlichkeit auszuschließen.

II. Germanisches Recht

Ebenso wie im römischen Recht kannte man im alten germanischen Recht den Begriff der Unentgeltlichkeit zunächst nicht. Lediglich "vergoltene Gaben" fanden rechtlich eine Anerkennung. Mit der Zeit zeigte sich aber auch hier, daß die Rechtsordnung ohne Schenkungen nicht auskam. Ähnlich dem frühen römischen Recht wurden daher scheinentgeltliche⁷⁾ Rechtsgeschäfte abgeschlossen, wobei in Wirklichkeit jedoch ein unentgeltliches Geschäft zugrundelag. Auf diese Weise verhinderte man den Widerruf und damit die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts.

1) Gaius, Institutiones, II, 7.

2) Vgl. dazu Digestentitel 13, 6.

3) Zu diesem Begriff vgl. Digestentitel 17, 1.

4) Vgl. dazu Digestentitel 16, 3.

5) D 39, 5, 19, 6.

6) D 39, 5, 19, 1.

7) Die Scheinentgelte trugen die Namen arrha oder festica (vgl. Sohm, a.a.O., § 71 I 6, S. 429 f.).

Interessant ist auch die in die gleiche Richtung zielende, im langobardischen Recht entwickelte Schenkungsform. Ähnlich wie im altgermanischen Recht mußte das abgeschlossene Rechtsgeschäft nach außen hin entgeltlich sein, wenn es wirksam sein sollte. Das geschah in der Weise, daß für den geschenkten Gegenstand ein "Lohngeld"¹⁾ hingegeben wurde. Mit diesem geringfügigen Entgelt waren die Voraussetzungen eines entgeltlichen Geschäftes formell erfüllt und die Schenkung praktisch gesichert. Bald zeigte sich jedoch, daß die umständliche Art der Schenkungsvornahme den Erfordernissen des Rechtsverkehrs nicht mehr genügte. Die Folge war, daß bei der Schenkung nunmehr auch nach außen hin ein Scheinentgelt nicht mehr gewährt werden mußte. Damit präsentierte sich die Schenkung erstmalig als eigener und selbständiger Rechtsgeschäftstypus. Auf die Rechtsposition des Schenkenden wirkte sie sich nicht unerheblich aus. Wurden beispielsweise Grundstücke verschenkt, konnten diese nach altem fränkischen und bayerischen Recht grundsätzlich nicht weiterveräußert oder vererbt werden. Die Schenkung kam damit praktisch nur der Person des Beschenkten zugute.

III. Die landesrechtlichen Kodifikationen

Erst als die einzelnen Landesrechte gesetzlich neu gestaltet wurden²⁾, wurde dem Unentgeltlichkeitsbegriff wieder größere Bedeutung beigemessen. Wegbereitend war in diesem Zusammenhang unter anderem das Allgemeine Landrecht, das die verschiedenen freigebigen Rechtsgeschäfte unter dem Rechtsbegriff "unentgeltliche" Geschäfte zusammenfaßte und diesen die "lästigen" Verträge gegenüber stellte³⁾.

Das Merkmal der Unentgeltlichkeit wurde dabei besonders bei der Schenkung und der Leihe hervorgehoben⁴⁾. Im Allgemeinen Land-

1) Langobardisch "launegild" (dazu vgl. Harms, Wolfgang, Der Begriff der Unentgeltlichkeit im Schenkungsrecht, Diss. Göttingen 1957, S. 6.).

2) Das Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten im Jahr 1794 (ALR), der Code civil 1804, das Badische Landrecht 1809, das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie 1811 (ABGB).

3) Preußisches Allgemeines Landrecht I. 13 § 275/6, I. 20 § 423.

4) Preußisches Allgemeines Landrecht I. 21 § 229; ABGB §§ 938 ff., 971.

recht (I. 11 § 1037) war z.B. die Schenkung charakterisiert als ein

"Vertrag, wodurch Einer dem Anderen das Eigentum einer Sache oder eines Rechts unentgeltlich zu überlassen sich verpflichtet".

Noch knapper war in § 938 ABGB der Begriff gefaßt. Hiernach stellte sich die Schenkung als ein Geschäft dar,

"wodurch eine Sache jemandem unentgeltlich überlassen wird."

Aber auch in der Zeit der landesrechtlichen Kodifikationen waren die unentgeltlichen Rechtsgeschäfte erheblich rechtlichen Einschränkungen unterworfen¹⁾. So galt im ABGB²⁾ und im Allgemeinen Landrecht³⁾ der Grundsatz, daß der unentgeltliche Erwerb dann nicht geschützt ist, wenn ein Dritter hierdurch einen Schaden erleiden würde.

IV. Gemeines Recht

Die in den landesrechtlichen Kodifikationen zur Schenkung und damit auch zur Unentgeltlichkeit aufgestellten Grundsätze fanden im Gemeinen Recht nur mehr untergeordnete Bedeutung⁴⁾, zum Teil wurde der Begriff der Unentgeltlichkeit nicht einmal mehr wie im Allgemeinen Landrecht als Tatbestandsmerkmal der Schenkung aufgeführt; auf jeden Fall spielte er keine bedeutsame Rolle mehr⁵⁾.

-
- 1) Siehe hierzu Preußisches Allgemeines Landrecht I. 11 §§ 1038. u. 1177; vgl. auch Art. 893-966 Code civil.
 - 2) § 367.
 - 3) Vgl. I. 20 § 423, I. 13 § 276; dazu Harms, a.a.O., S.8
 - 4) Eingehend hierzu Harms, a.a.O., S. 8. Der Behauptung von Karpus, Daniel, Die Unentgeltlichkeit im Bürgerlichen Recht, insbesondere bei der ungerechtfertigten Bereicherung, Diss. Köln 1936, S. 15, die gemeinrechtliche Wissenschaft habe sich "eingehend" mit dem Unentgeltlichkeitsbegriff befaßt, kann nicht beigeprlichtet werden.
 - 5) Zutreffende Darlegungen hierzu bei Regelsberger, Ferdinand, Pandekten, 1. Band, Leipzig 1893, § 168, S. 610 ff.; v. Vangerow, Karl Adolph, Lehrbuch der Pandekten, 1. Band, 7. Auflage, Marburg und Leipzig 1876, § 121, S. 174 ff.

Erst in der Partikulargesetzgebung wurde die Unterscheidung zwischen entgeltlich und unentgeltlich wieder lebendig. Aufschlüsse lassen sich für diese Zeit aus dem Preußischen Eigentumserwerbsgesetz (1872) ziehen. Hiernach konnten zwar Grundstücke im Wege des guten Glaubens erworben werden; dies durfte aber nicht zu Lasten des wahren Berechtigten gehen. Denn wie nach den meisten anderen Eigentumserwerbsgesetzen¹⁾ konnte vom Nichtberechtigten nur dann wirksam erworben werden, wenn ein entgeltliches Rechtsgeschäft zugrundelag²⁾.

Wiederum einen Schritt weiter ging die reichsgesetzliche Neuregelung des Konkursrechtes von 1877. Mit diesem Gesetz fand der Rechtsschutz der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte in Angleichung an die in den Kodifikationen festgehaltenen Grundsätze eine noch weitergehende Einschränkung. Durch die Bestimmungen über die Schenkungsanfechtung wurden die unentgeltlichen Verfügungen trotz ihrer an sich bestehenden Rechtsgültigkeit unter bestimmten Voraussetzungen anfechtbar. Der Grund dieser Regelung ist darin zu finden, daß die Interessen der Gläubiger höher bewertet wurden als die des unentgeltlichen Erwerbers.

V. Der Unentgeltlichkeitsbegriff in der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches

Auch in der Folgezeit verlief die geschichtliche Entwicklung des Unentgeltlichkeitsbegriffs unterschiedlich. Zunächst fand er im ersten Entwurf zum BGB nahezu keine Erwähnung. Entgegen dem Partikularrecht wurde der gutgläubige Erwerb auch nicht im Falle eines unentgeltlichen Rechtsgeschäfts eingeschränkt³⁾.

-
- 1) Bayerisches Hypotheken Gesetz § 26 Nr. 4; vgl. auch die Eigentumserwerbsgesetze für Oldenburg, Braunschweig, Anhalt und Coburg-Gotha.
 - 2) Preußisches Gesetz über den Eigentumserwerb §§ 9 und 38 Abs. 2. Vgl. hierzu auch Harms, a.a.O., S.9.
 - 3) Dazu Motive Band III, 211 f.

Erst in der zweiten Kommission lebte die Diskussion um den Begriff wieder auf. Wie schon im Allgemeinen Landrecht und im ABGB wurden Schenkung und Leihe wieder als unentgeltliche Rechtsgeschäfte definiert. Als weitere unentgeltliche Geschäfte kamen noch Auftrag und Verwahrung hinzu. Erstmals erkannte man dem Berechtigten in den Fällen des gutgläubigen Erwerbs von Grundstücken, Fahrnis und aufgrund eines Erbscheins Bereicherungsansprüche gegen denjenigen zu, der vom Nichtberechtigten unentgeltlich erworben hatte. Entsprechend dem heutigen § 988 BGB konnte bereits damals der Eigentümer gegen denjenigen, der einen Besitz unentgeltlich erlangt hatte, einen Herausgabeanspruch hinsichtlich der von diesem gezogenen Nutzungen geltend machen. Ähnliche neuartige Kondiktionsansprüche konstituierte man im Rahmen des Vorerben- und Sequesterrechts für den Fall unentgeltlicher Verfügungen durch einen Verwalter¹⁾.

Die gesetzliche Verankerung des Unentgeltlichkeitsbegriffs ging aber nicht Hand in Hand mit der begrifflichen Bestimmung. Der Grund dafür lag darin, daß auf eine frühere gesetzliche Begriffsbestimmung nicht zurückgegriffen werden konnte. Außerdem hatte der Ausdruck "unentgeltlich" im Sprachgebrauch bisher nur recht unbestimmte Verwendung gefunden. Auch die Rechtsprechung war zu der damaligen Zeit nicht in der Lage, eine brauchbare Definition aufzustellen. Das RG²⁾ verknüpfte seinerzeit noch das Merkmal der Freiwilligkeit mit dem Begriff der Unentgeltlichkeit, ohne dabei zu erkennen, daß eine freiwillige Zahlung z.B. in Form eines Darlehens durchaus auch entgeltlicher Natur sein kann, während umgekehrt eine unfreiwillige Zahlung, wie z.B. im Fall der Eintreibung eines Schenkungsversprechens unentgeltlichen Charakter haben kann.

1) Diese Ansprüche sind als Vorläufer der heutigen §§ 2113 Abs. 2, 2205 Satz 3 BGB anzusehen.

2) RGZ 29, 1. Ausführlich dazu bereits Harms, a.a.O., S.11.

Die Konsequenz hieraus war, daß die zivilistische Wissenschaft den neu im Gesetz verankerten Begriff des unentgeltlichen Rechtsgeschäfts nur wenig erörterte, geschweige denn definierte. Man setzte den Begriff weitgehend mit dem der Schenkung gleich, wobei man als weitere Beispiele unentgeltlicher Geschäfte noch Stiftung, Ausstattung und Vermächtnis anführte¹⁾.

1) Vgl. von Savigny, Friedrich Karl, System des heutigen Römischen Rechts, 4. Band, Berlin 1841, § 142, S. 2 ff, und insbesondere Harms, a.a.O., S. 11.

Zweiter Unterabschnitt: Einheitliche Begriffsbestimmung des unentgeltlichen Rechtsgeschäfts? Kritische Auseinandersetzung mit Literatur und Rechtsprechung.

I. Theorien des einheitlichen Unentgeltlichkeitsbegriffs

Fast die gesamte Lehre ging bisher von der Einheitlichkeit des Unentgeltlichkeitsbegriffs aus. Der Begriff der Unentgeltlichkeit wurde dabei hauptsächlich am Beispiel der Schenkung untersucht. Trotz des gemeinsamen Untersuchungsgegenstandes bildeten sich zahlreiche verschiedene Theorien heraus.

Bei einer schematisierenden Betrachtung lassen sich im wesentlichen zwei Gruppen voneinander unterscheiden. Die eine stellt die bloße Abhängigkeit der Leistung von irgendeiner Gegenleistung als Wesensmerkmal der Entgeltlichkeit heraus und gelangt im Wege der negativen Abstraktion¹⁾ durch Umkehrung dieses Merkmals zum Begriff der Unentgeltlichkeit ("Gegenleistungstheorien" oder "Verknüpfungstheorien"). Nach der anderen Gruppe genügt die bloße Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung nicht; wesentlich ist für die Entgeltlichkeit hiernach die Gleichwertigkeit der sich gegenüberstehenden Leistungen. Wie im folgenden aufzuzeigen ist, kann diese "Äquivalenztheorie" objektiv und subjektiv verstanden werden.

1. Die Äquivalenztheorie

Nach der Äquivalenztheorie ist ein Rechtsgeschäft dann unentgeltlich, wenn und soweit der Wert der Leistung nicht durch einen Gegenvorteil aufgewogen wird (objektiv) oder aufgewogen werden soll (subjektiv).

Nach der objektiven Äquivalenztheorie ist das tatsächliche Wertverhältnis der einander gegenüberstehenden Leistungen ausschlaggebend. Danach stellt alles ein Entgelt dar, was ein Leistungsempfänger aufwenden muß, um die Leistung zu erhalten²⁾. Je nach

1) Grundlegend dazu Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Auflage, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1969, S.413, Fußn. 2.

2) Zum Entgeltbegriff vgl. Dürrwächter, Erich, Ist die Mehrwertsteuer in einem zwischen Unternehmern vereinbarten Kaufpreis enthalten?, NJW 1969, 645 f. Vgl. auch Harms, a.a.O., S.17

dem wertmäßigen Verhältnis der Leistungen zueinander wurde auf die Entgeltlichkeit des zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts geschlossen¹⁾. In ihrer rein objektiv ausgerichteten Fassung hatte die Äquivalenztheorie früher maßgebliche Bedeutung. Wegen ihrer Einseitigkeit stieß sie aber zu Recht auf scharfe Kritik, vor allem durch Oertmann²⁾ und scheint heute gänzlich aufgegeben. Dabei vermag aber die Argumentation Oertmanns in manchen Punkten nicht zu überzeugen. Er³⁾ meint z.B., daß die Äquivalenztheorie im Hinblick auf § 138 Abs. 2 BGB einen Rückfall in das Prinzip des iustum pretium darstelle und daher dem BGB fremd sei. Hiergegen ist anzuführen, daß die Bestimmung des § 138 Abs. 2 BGB doch nur besagt, daß ein Geschäft wegen Wuchers nichtig ist, wenn zu dem objektiven Merkmal der "auffälligen" Inäquivalenz der Leistungen noch subjektive, unsittliche Momente hinzukommen. Von einer Unentgeltlichkeit ist aber nicht die Rede. Mit der Äquivalenztheorie soll schließlich auch nicht die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts in Frage gestellt werden. Jedenfalls hat es mit der Unentgeltlichkeit direkt nichts zu tun, daß dann, wenn unsittliche Motive vorliegen, das unentgeltliche Rechtsgeschäft unsittlich und nichtig werden kann.

Nachdem man erkannt hatte, daß die Äquivalenztheorie in ihrer objektiven Ausprägung doch recht einseitig ausgerichtet war, schenkte man den subjektiven Vorstellungen der Parteien mehr Beachtung⁴⁾. Zu den objektiven Merkmalen wurde noch der Wille

-
- 1) So unter anderem Puchta, Georg Friedrich, *Cursus der Institutionen, System und Geschichte des römischen Privatrechts*, Band 2, 9. Auflage, Leipzig 1881, § 270, S. 346 ff.
 - 2) Oertmann, Paul, *Entgeltliche Geschäfte*, München 1912, S. 46.
 - 3) Oertmann, *Entgeltliche Geschäfte*, a.a.O., S. 46 f.; im gleichen Sinn auch Karpus, a.a.O., S. 19.
 - 4) Dazu Cosack, Konrad, *Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts*, 1. Band, 3. Auflage, Jena 1900, § 139 I, S. 488 ff.; Simson, Walter, *Begriff des Entgelts*, Diss. Halle 1909, S. 17 f.

der Parteien als weitere maßgebliche Voraussetzung für die Festlegung des Unentgeltlichkeitsbegriffs hinzugenommen. Der Mehrwert einer Leistung ist hiernach nicht nur objektiv festzustellen, er muß von den Parteien auch subjektiv gewollt sein, wenn ein unentgeltliches Rechtsgeschäft vorliegen soll. Nach dieser Auffassung ist die Äquivalenztheorie durch eine Kombination objektiver und subjektiver Kriterien gekennzeichnet.

2. Die Gegenleistungstheorie

Nach der Gegenleistungs- oder Verknüpfungstheorie kommt es nicht wie bei der Äquivalenztheorie darauf an, daß der einen Leistung eine gleichwertige oder nach Ansicht der Parteien gleichwertige Gegenleistung gegenübertritt. Es genügt bereits, daß irgendeine Gegenleistung von der Leistung abhängig ist. Die Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung kann dabei verschiedenerlei ausgestaltet sein. Dementsprechend war man sich auch lange Zeit im unklaren darüber, welche Art der Verknüpfung für die Entgeltlichkeit bzw. Unentgeltlichkeit eines Rechtsgeschäfts Voraussetzung sei. Im Regelfall des gegenseitigen Vertrags stehen sich Leistung und Gegenleistung in einem wechselseitigen Abhängigkeitsverhältnis gegenüber; es liegt eine synallagmatische Verknüpfung vor. Früher vertrat man die Auffassung, daß nur synallagmatische Verträge entgeltlicher Natur seien¹⁾. Als Voraussetzung für die Entgeltlichkeit eines Rechtsgeschäfts betrachtete man es, daß die sich gegenüberstehenden Vertragspartner ihre Leistungen bereits beim Geschäftsabschluß erbracht hatten oder zumindest hierzu vertraglich verpflichtet waren. Rückschließend auf den Begriff der Unentgeltlichkeit würde dies bedeuten, daß ein Rechtsgeschäft dann unentgeltlich wäre, wenn Leistung und Gegenleistung nicht in einem wechselseitigen Abhängigkeitsverhältnis stehen. Diese Auffassung ist aber zu eng. Denn die Klagbarkeit einer Leistung ist kein Kriterium der Entgeltlichkeit. Schließlich kann auch eine nicht klagbare Leistung das Entgelt einer klagbaren sein²⁾. Allerdings genügt in jedem Fall die synallagmatische Verknüpfung der Leistungen, um sie

1) Vgl. die Literaturzusammenstellung bei Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, a.a.O., S. 7.

2) Zutreffend Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, a.a.O., S. 16; Karpus, a.a.O., S. 26.

als entgeltlich anzusehen¹⁾.

Für die Bestimmung der Entgeltlichkeit und damit auch des Unentgeltlichkeitsbegriffs wurde die synallagmatische Verknüpfung bald nicht mehr als ausreichend angesehen. Neben der synallagmatischen Verknüpfung ließ man schließlich auch die konditionale Verknüpfung der Leistungen als Kriterium genügen. Wurde die Verpflichtung zu einer Leistung an die Bedingung der Gegenleistung geknüpft, waren hiernach die Voraussetzungen eines entgeltlichen Rechtsgeschäfts gegeben. Auch ein einseitiges Rechtsgeschäft, wie die Auslobung, kann daher entgeltlich sein; bedeutsam ist insoweit nur, daß der Versprechende seine Leistung in irgendeiner rechtlichen Form an eine Gegenleistung bindet²⁾.

In der Folgezeit ging die Lehre³⁾ noch einen Schritt weiter und ließ auch die gegenüber der konditionalen Verknüpfung schwächere Form der kausalen Abhängigkeit für das Merkmal der Entgeltlichkeit gelten. Voraussetzung für die Entgeltlichkeit war hiernach lediglich, daß eine Gegenleistung als Zweck der Leistung vereinbart wurde. Die Abmachung der Vertragsparteien mußte nur deutlich den Willen erkennen lassen, die beiderseitigen Leistungsverpflichtungen in eine rechtliche Abhängigkeit zu bringen. Im Falle der konditionalen oder kausalen Verknüpfung der beiderseitigen Leistungen trat eine Leistungspflicht dann ein, wenn eine Gegenleistung bewirkt war oder Leistung und Gegenleistung rechtlich voneinander abhängig waren.

1) Vgl. die Übersicht bei Staudinger-Ostler, a.a.O., § 516 BGB Rdnr. 13 und Soergel-Siebert-Ballerstedt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Stuttgart-Köln-Mainz, Band 2, 10. Auflage 1967, § 516 BGB Rdnr. 12 f.

2) Eine konditionale Verknüpfung liegt hiernach auch vor, wenn als Bedingung die Leistung eines Dritten oder an einen Dritten gesetzt ist (vgl. BGH NJW 1951, 268).

3) Eingehend zusammengestellt bei Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, a.a.O., S. 12.

Nach einer noch weitergehenden Ansicht¹⁾ soll ein entgeltliches Rechtsgeschäft bereits dann angenommen werden, wenn zwischen Leistung und Gegenleistung ein wirtschaftlicher Zusammenhang besteht. Für die Anhänger dieser Auffassung ist der Begriff der Entgeltlichkeit und damit auch der Unentgeltlichkeit kein juristischer, sondern ein wirtschaftlicher Begriff; eine freiwillige Gegenleistung sei genau so gut als Entgelt einzuschätzen wie die Leistung, die aufgrund Rechtspflicht erbracht ist²⁾. Die Lehre vom wirtschaftlichen Entgeltbegriff ist zwar unkompliziert, sie mißt aber dem objektiven Sachverhalt zu große Bedeutung bei. Der dem Rechtsgeschäft zugrundeliegende Wille der Vertragsparteien findet dabei zu wenig Beachtung. Außerdem ist der bloße tatsächliche, wirtschaftliche Zusammenhang zweier Leistungen zu unbestimmt und vage, als daß hieraus echte Rechtswirkungen entstehen können³⁾. Im übrigen darf nicht verkannt werden, daß auch der rechtlichen Betrachtung notwendigerweise wirtschaftliche Gedanken⁴⁾ zugrundeliegen, da nur auf diese Weise die Begriffe inhaltsmäßig konkret erfüllt werden.

Zusammenfassend betrachtet liegt nach der Verknüpfungstheorie ein entgeltliches Rechtsgeschäft dann vor, wenn Leistung und Gegenleistung synallagmatisch, konditional oder kausal miteinander verbunden sind. Bei der konditionalen oder kausalen Verknüpfung hängt die Entstehung einer Leistungspflicht von der Bewirkung einer Gegenleistung oder der rechtlichen Verpflichtung hierzu ab. Maßgeblich ist hiernach jedenfalls ein rechtlicher Zusammenhang der beiden Leistungen, nicht lediglich eine wirtschaftliche Verbindung. Durch Umkehrung der Verknüpfungstheorie

1) So besonders Schreiber, Otto, Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht, Jher Jb 60, 174 f. Vgl. im übrigen die Übersicht bei Harms, a.a.O., S. 7.

2) Schreiber, a.a.O., S. 176 f.

3) Im Rahmen des § 273 I BGB läßt die Rechtsprechung allerdings bereits einen wirtschaftlichen Zusammenhang ausreichen (RGZ 158, 14; 134, 146; 68, 32).

4) Zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise siehe unten S.77.

kann die Unentgeltlichkeit bestimmt werden. Unentgeltlich ist danach jede Zuwendung, die weder zwecks Erfüllung noch Austausch mit einer Gegenleistung vorgenommen wird und auch sonst keine Bedingung oder causa für eine Gegenleistung setzt. Die sich gegenüberstehenden Leistungen dürfen sich dabei nicht gegenseitig bedingen; keine der Leistungen darf als Rechtspflicht aus der anderen folgen, auch darf durch den Wegfall der einen Leistungspflicht die andere rechtlich nicht betroffen werden.

II. Auffassung von der Unterschiedlichkeit des Unentgeltlichkeitsbegriffs

Die Äquivalenz- wie die Verknüpfungstheorie haben stillschweigend zur Voraussetzung, daß es einen allgemeinen Begriff der Unentgeltlichkeit gibt. Es ist aber fraglich, ob sich diese These für das geltende Recht aufrechterhalten läßt. Denn die Bestimmung des jeweiligen Begriffs hängt maßgeblich davon ab, in welches Rechtsgebiet das betreffende unentgeltliche Rechtsgeschäft einzubeziehen ist. Stellungnahmen zu dieser Frage finden sich nur vereinzelt¹⁾, eine nähere Analyse fehlt. Meist verbleibt es ohne nähere Begründung bei der lapidaren Feststellung, daß der Begriff "unentgeltlich" in unserem Recht nicht einheitlich sei und es vielmehr für jede Vorschrift einer

1) Soergel-Siebert-Ballerstedt, a.a.O., Rdnr. 3 vor § 516 BGB; Harms, a.a.O., S. 4; Karpus, a.a.O., S. 33 f.; vgl. auch RGZ 163, 359.

besonderen Prüfung bedürfe, welche Bedeutung diesem Worte bei ihr zukomme¹⁾. Dabei geben weder der Wortsinn²⁾ noch ein festgelegter Sprachgebrauch des Gesetzes die Gewähr, daß der Begriff überall dieselbe Bedeutung haben muß, so erstrebenswert die Einheit des Rechts auch sein mag. Auch wenn es im Interesse der Klarheit und Verständlichkeit der Gesetze wäre, zwingt der normale Wortsinn eines Begriffs nicht zu einer jeweils gleichsinnigen Auslegung der Norm, wenn der Begriff an mehreren Stellen im Gesetz auftaucht³⁾. Abweichungen in der Auslegung gleicher Begriffe sind gerade dort unvermeidbar, wo die mit den entsprechenden Bestimmungen verfolgten Zwecke verschieden sind. Wie sich an verschiedenen Beispielen zeigen läßt, verwendet der Gesetzgeber einen Begriff nicht immer im gleichen Sinn⁴⁾. Die Begriffsbestimmung des Entgelts in § 10 Abs. 1 Satz 2 UStG trifft z.B. nicht zwingend auch für den Begriff des Entgelts im Vergnügungssteuerrecht zu. Auch nach dem Kriterium des Bedeutungszusammenhangs der Rechtssätze⁵⁾ hat sich die Auslegung nach den einzelnen Bestimmungen bzw. Bedeutungszusammenhängen auszurichten. Sie muß nach dem Normzweck vorgenommen werden, wobei Verkehrsschutz und Betroffeneninteresse gegeneinander abzuwägen sind. Aus diesem Grund braucht die Frage nicht entschieden zu werden, ob hinsichtlich eines allgemeinen

1) RGZ 163, 359.

2) Allgemein hierzu Larenz, Methodenlehre, a.a.O., S. 301.

3) Trotz der Legaldefinition in § 90 BGB hat z.B. der Begriff "Eigenschaft der Sache" in § 119 Abs. 2 BGB eine andersartige Bedeutung (RGZ 149, 238).

4) Dazu BVerwG, Höchststrichterliche Finanzrechtsprechung 1971, 242. Vgl. auch Forsthoff, Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band, Allgemeiner Teil, 9. Auflage, München und Berlin 1966, § 5, S. 87 f.

5) Zu diesem Auslegungsmaßstab Larenz, Methodenlehre, a.a.O., S. 305.

Unentgeltlichkeitsbegriffs der Äquivalenztheorie oder der Gegenleistungstheorie der Vorzug zu geben ist. Beide Theorien liefern generell gesehen für die Begriffsbestimmung zutreffende Kriterien, zumal eigentlich nur der jeweilige Ausgangspunkt für die Behandlung der Problematik unterschiedlich ist. Da aber auf jeden Fall eine a priori verallgemeinernde Betrachtung des Unentgeltlichkeitsbegriffs nicht in Frage kommt, muß der Begriff des unentgeltlichen Rechtsgeschäfts anhand der einzelnen Normen jeweils für sich gesondert interpretiert werden. Am Ende der Untersuchung wird sich dann die Frage stellen, ob die gefundenen Begriffsbestimmungen zumindest einen Kern gemeinsamer Tatbestandsmerkmale aufweisen, sodaß der Begriff des unentgeltlichen Rechtsgeschäfts auf diesem induktiven Weg eventuell eine allgemeine Fassung erfahren kann.

Zweiter Teil: Untersuchung des Unentgeltlichkeitsbegriffs anhand der einzelnen Gesetzesbestimmungen

Erster Abschnitt: Das unentgeltliche Rechtsgeschäft im Bürgerlichen Recht

Erster Unterabschnitt: Die Unentgeltlichkeit im Schenkungsrecht

I. Legaldefinition und Unentgeltlichkeit

Vor der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches machte es Lehre und Praxis große Schwierigkeiten, die Schenkung von den entgeltlichen Rechtsgeschäften begrifflich abzugrenzen. Aus diesem Grunde stellten die Verfasser des Bürgerlichen Rechts an den Anfang der Schenkungsbestimmungen eine Definition des Schenkungsbegriffs. Danach wird die Schenkung im wesentlichen durch die Merkmale Zuwendung aus dem Vermögen und Einigkeit beider Teile über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung bestimmt. Aufgrund dieser in § 516 BGB gesetzlich festgelegten Definition ist der Schenkungsbegriff für das Bürgerliche Recht einheitlich festgelegt. Im Gegensatz zu dem schillernden Begriff des unentgeltlichen Rechtsgeschäfts ist daher im Bürgerlichen Gesetzbuch¹⁾ überall, wo von einer Schenkung die Rede ist, in der Regel der definierte und damit gleiche Tatbestand zu verstehen²⁾.

Mit der Voranstellung der Schenkungsdefinition haben die Väter des Bürgerlichen Rechts ein ausgedehntes Sonderrecht der Schenkung begründet und sich damit das Verdienst erworben, wenigstens für dieses Rechtsgebiet Einheitlichkeit geschaffen zu haben. Trotz der Legaldefinition gelang es ihnen aber nicht, den Inhalt des Schenkungsbegriffes in eindeutiger Weise zu bestimmen und abzugrenzen. In diesem Zusammenhang konnte insbesondere der Begriff der unentgeltlichen Zuwendung noch nicht vollständig geklärt werden.

1) Zum Begriff der freigebigen Zuwendung im Steuerrecht eingehend unten S. 180 ff.

2) Für viele vgl. Soergel-Siebert-Ballerstedt, a.a.O., § 516, Rdnr. 1, und Harms, a.a.O., S. 1 f.

II. Der schenkungsrechtliche Begriff des unentgeltlichen Rechtsgeschäfts

Hinsichtlich des Zuwendungsbegriffs kann hier im Rahmen des § 516 BGB im wesentlichen auf die oben¹⁾ bereits dargestellte, allgemeine Bestimmung zurückgegriffen werden. Für das Schenkungsrecht ergibt sich nur die bereits im Gesetz zum Ausdruck gebrachte Besonderheit, daß die Zuwendung in der Weise erfolgt, daß jemand einen anderen "aus seinem Vermögen" bereichert. Nachdem die Zuwendung also aus der Vermögenssubstanz zu erfolgen hat, kommt eine unentgeltliche Gebrauchsüberlassung²⁾ oder eine Arbeitsleistung nicht als Schenkung in Frage, da hierbei nur auf einen möglichen Vermögenserwerb oder Verdienst verzichtet wird. Aus dem Vermögen wird hingegen z.B. durch den Erlaß einer Forderung eine Zuwendung erbracht. Ob auch ungewollte Zuwendungen denkbar sind, spielt für die Schenkung keine Rolle, da § 516 Abs. 1 BGB ausdrücklich eine Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung voraussetzt. Der Begriff der Unentgeltlichkeit läßt sich auf verschiedenartige Weise definieren, je nachdem, von welchem Gesichtspunkt man ausgeht. Dementsprechend bestehen in Literatur und Rechtsprechung auch unterschiedliche Auffassungen. Häufig wird die Meinung³⁾ vertreten, eine Zuwendung sei dann unentgeltlich, wenn ihr nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts keine Gegenleistung gegenübersteht. Schon eine geringfügige Gegenleistung vermag hiernach die Unentgeltlichkeit auszuschließen. Vom Sprachlichen gesehen, mag einiges für diese Auffassung sprechen. Praktisch tauchen aber erhebliche Schwierigkeiten bei der Behandlung teilunentgeltlicher Probleme auf. Außerdem dürfte es mit dem Sinn und

1) Siehe S. 7.

2) Hinsichtlich einer langfristigen unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung wird zum Teil die entsprechende Anwendung des Schenkungsrechts vertreten (Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Auflage, Tübingen 1958, § 120 II 2, S. 488; vgl. auch BGH NJW 1970, 941).

3) Für viele Soergel-Siebert-Ballerstedt, a.a.O., § 516 Rdnr. 12.

Zweck der Schenkungsbestimmungen nicht zu vereinbaren sein, daß die Unentgeltlichkeit und damit das Vorliegen einer Schenkung durch jede noch so geringe Gegenleistung ausgeschlossen werden kann. Andernfalls könnten die schenkungsrechtlichen Konsequenzen¹⁾ einer unentgeltlichen Zuwendung ohne Schwierigkeit umgangen werden. Eher ist deshalb eine Zuwendung dann als unentgeltlich einzuschätzen, wenn sie durch eine Gegenleistung wertmäßig nicht aufgewogen wird. Maßgeblich ist danach, ob der einen Leistung wirtschaftlich gesehen eine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht. Fehlt ein entsprechendes Äquivalent, liegt in diesem Umfang eine unentgeltliche Zuwendung vor.

Allerdings kann die Gleichwertigkeit der Leistungen nicht nur objektiv gesehen werden. Dies geht bereits aus dem Gesetz hervor, da die Schenkung definitionsgemäß eine Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit und damit ein subjektives Moment voraussetzt (§ 516 Abs. 1 BGB). Es versteht sich, daß der zugrundeliegende, beiderseitige Parteiwille bei einem zweiseitigen Vertrag wie der Schenkung, Berücksichtigung finden muß. Denn man kann nicht jedes Rechtsgeschäft, das dem einen Vertragspartner größeren Vorteil bringt als dem anderen, als Schenkung des Mehrwerts betrachten. Wesentlich ist, daß der ausdrückliche oder den Umständen zu entnehmende Wille beider Parteien auf eine unentgeltliche Zuwendung des Mehrwerts gerichtet ist²⁾. Bei einem Austausch von objektiv ungleichwertigen Leistungen kommt es daher darauf an, ob außer der objektiven Bereicherung des einen Teils auch der Schenkungswille gegeben ist. Eine Ausnahme kann von diesem Grundsatz nur für den Fall gemacht werden, daß beiden Vertragspartnern der wertmäßige

1) Wie Formzwang des § 518 BGB oder die Rechtsfolgen gemäß §§ 1641, 1804, 2301 BGB.

2) Ausdrücklich BGH NJW 1972, 580; früher bereits RGZ 165, 224 f.; 163, 259 f.

Unterschied zwischen Leistung und Gegenleistung bekannt ist, dieser aber so groß ist, daß der Wille der Parteien, ein entgeltliches Geschäft abzuschließen, völlig willkürlich ist und in der Bewertung jeder sachlichen Grundlage entbehrt¹⁾. Auch wenn in diesem Fall der Schenkungswille fehlt, muß doch das Vorliegen einer Schenkung bejaht werden.

Betont man weniger das Wertverhältnis von Leistung und Gegenleistung, kann die Unentgeltlichkeit auch nach dem Verknüpfungsverhältnis der sich gegenüberstehenden Leistungen beurteilt werden²⁾. Bei dieser Betrachtungsweise steht der Wille der Vertragspartei im Vordergrund. Sind Leistung und Gegenleistung durch gegenseitigen Vertrag konditional oder kausal miteinander verbunden, wird in der Regel Entgeltlichkeit der Leistungen anzunehmen sein. Von Unentgeltlichkeit kann danach schon nicht mehr gesprochen werden, wenn die Verpflichtung zur Leistung von der Bedingung der Gegenleistung abhängig bzw. die Gegenleistung als Zweck der Leistung vereinbart ist. Der konditionalen Verknüpfung von Zuwendung und Äquivalent entspricht es dabei rechtlich, wenn sich der Zuwendende einem Dritten gegenüber verpflichtet³⁾. Für die Frage der Entgeltlichkeit ist es unbedeutsam, ob sich die rechtliche Abhängigkeit von Zuwendung und Gegenleistung auf eine Verpflichtung (synallagmatische Verknüpfung) oder eine Bedingung (konditionale Verknüpfung) gründet. Eine Leistung kann daher

1) BGH Fam RZ 1964, 429 f.; vgl. auch BGH, NJW 1961, 604.

2) Vgl. Medicus, a.a.O., § 16 II 2, S. 148 f. Dazu auch oben S. 24 ff.

3) So BGH NJW 1951, 268; zuvor schon RGZ 163, 356 f.; 62, 276. Grundlegend auch Staudinger-Ostler, a.a.O., § 516 BGB Rdnr. 13 a; RGR-Kommentar, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, II. Band 1. Teil, 11. Auflage, Berlin 1959, § 516 BGB Anm. 4; Soergel-Siebert-Ballerstedt, a.a.O., § 516 BGB Rdnr. 12 ff.; vgl. weiter Palandt-Putzo, Bürgerliches Gesetzbuch, 31. Auflage, München 1972, § 516 BGB Anm. 4; Schmidt, Friedrich, Der Freundschafts Kauf als gemischte Schenkung, Diss. Erlangen 1950, S. 5.

auch dann nicht als unentgeltlich angesehen werden, wenn sie zwar im Hinblick auf ein früher bestehendes Rechtsverhältnis erbracht worden ist, ein Rechtsanspruch vorher aber nicht bestanden hat.

Der Schenkungstatbestand erfordert somit objektiv, daß die Leistung rechtlich von keiner gleichwertigen Gegenleistung abhängt, daß aber zu dieser objektiven Unentgeltlichkeit die Einigung der Parteien hinzutreten muß. Es reicht nicht allein aus, daß der Zuwendende tatsächlich kein Entgelt erhält. Aus seinem Willen wie dem des Empfängers muß vielmehr erkennbar hervorgehen, daß die Leistung nicht dazu erbracht worden ist, eine Schuld zu erfüllen oder eine Gegenleistung zu vergüten. Der schenkungsrechtliche Begriff der Unentgeltlichkeit setzt somit voraus, daß die Zuwendung weder objektiv noch nach dem Willen der Parteien mit gleichwertigen Gegen- oder Rückleistungen verknüpft ist und durch sie auch keine Verbindlichkeit getilgt wird.

III. Die Einigung über die Unentgeltlichkeit im Fall der Handschenkung

1. Abrede über den Rechtsgrund oder Schuldvertrag?

Dem Wortlaut des Gesetzes nach ist für die Schenkung ein gegenseitiges Einverständnis von Schenker und Beschenktem erforderlich. Voraussetzung ist daher, daß insoweit ein Vertrag¹⁾ vorliegt. Der Zuwendende muß in irgendeiner Weise seinen Willen erklärt haben, eine unentgeltliche Leistung zu erbringen, womit sich der Beschenkte dann einverstanden erklärt hat.

1) Ebenso Enneccerus-Lehmann, a.a.O., § 120 II 3 b, S. 476; Larenz, Schuldrecht II, a.a.O., § 47 I, S. 27 f.; Soergel-Siebert-Ballerstedt, a.a.O., § 516 BGB Rdnr. 5 ff.; zuvor schon Oertmann, Paul, Kommentar zum BGB, Band 2, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Abteilung, 5. Auflage, Berlin 1929, Anm. 2 vor § 516 BGB; v. Tuhr, 2. Band, 2. Hälfte, a.a.O., § 75 I 1, S. 154; a.A. Haymann, Franz, Zur Grenzziehung zwischen Schenkung und entgeltlichem Geschäft, Jher Jb 56, 102 ff.

Umstritten ist in diesem Zusammenhang jedoch die Frage, wie im Fall der Handschenkung die Einigung über die Unentgeltlichkeit zu beurteilen ist, wenn diese unmittelbar mit der Hingabe einer Sache oder eines Rechts verbunden ist. Einigkeit besteht in dem Punkt, daß sich auch die Handschenkung auf einen Vertrag gründet, für den die allgemeinen Bestimmungen der §§ 145 ff. BGB gelten. Nicht geklärt ist aber die Frage, ob dieser Vertrag schuldrechtlicher Natur ist. Die herrschende Auffassung¹⁾ sieht in der Einigung über die Unentgeltlichkeit nur eine vertragliche "Abrede über den Rechtsgrund"²⁾. Durch sie würde die aufgrund der Zuwendung eingetretene Bereicherung schuldrechtlich gerechtfertigt, ohne daß aber hieraus Verpflichtungen für den Schenker entstünden. Nach der Gegenmeinung³⁾ liegt auch bei der Handschenkung ein Schuldvertrag vor, der durch Hingabe und Annahme der Schenkung zustande kommt.

2. Abwägung der beiden Auffassungen

Gegen die herrschende Meinung spricht, daß sie eine für das Bürgerliche Gesetzbuch gekünstelte und durchaus ungewöhnliche Konstruktion heranziehen muß. Der Ursprung dieser Auffassung mag, wie Schramm⁴⁾ zutreffend ausführt, darin zu suchen sein,

1) Enneccerus-Lehmann, a.a.O., § 120 II 1, S. 487; Palandt-Putzo, a.a.O., § 516 BGB Anm. 5; v. Tuhr, a.a.O., 2. Band, 2. Hälfte, § 72 II 3, S. 75; Siber, Heinrich, Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, Jher Jb 70, 230 ff.; Leonhard, Franz, Das Schuldrecht des BGB, II. Band, Besonderer Teil, München und Leipzig 1931, § 52, S. 111 ff.; Harms, a.a.O., S. 31 f.; Larenz, Schuldrecht II, a.a.O., § 47 I, S. 128, der aber für den Beschenkten Rechte aus § 523 BGB herleitet.

2) Zum Begriff des Rechtsgrundes vgl. oben S. 72 sowie unten S. 13 f.

3) Esser, Schuldrecht II, a.a.O., § 67 I, S. 79 ff.; Staudinger-Ostler, a.a.O., § 516 BGB Rdnr. 1; Heck, Philipp, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929, S. 295; Oertmann, Schuldverhältnisse, a.a.O., Anm. 3 vor § 516 BGB; Eckstein, Ernst, Das Schenkungsversprechen, seine Erfüllung und sein Verhältnis zur "Realschenkung", AcP 107, 384 ff.

4) Schramm, Die Rechtsnatur der Handschenkung, MDR 1962, 961.

daß die dominierenden gemeinrechtlichen Anschauungen¹⁾ auch nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches ihren Einfluß nicht verloren haben. Nach diesen Auffassungen galt die Schenkung nicht als einzelnes Rechtsgeschäft. Ihr wurde vielmehr als Gegenstück zu den entgeltlichen und gegenseitigen Verträgen allgemeine Bedeutung beigemessen, weshalb man sie ursprünglich auch innerhalb des Allgemeinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuches eingliedern wollte²⁾.

Diesem Vorhaben widersprach als erster Windscheid³⁾. Er hob zutreffend die obligatorische Natur der Schenkung hervor und reihte sie als besonderes Schuldverhältnis neben Kauf, Tausch, Miete usw. ein. Dieser Klassifizierung schlossen sich zwar auch die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches an, eine Übereinstimmung hinsichtlich der Rechtsnatur der Einigung über die Unentgeltlichkeit konnte aber nicht erzielt werden. Dies hatte zur Folge, daß sich die gemeinrechtliche Auffassung zu diesem Punkte noch weiterhin zu halten vermochte. Von daher kann auch die Ansicht von Larenz⁴⁾ verstanden werden, der bei der Handschenkungen in der Einigung über die Unentgeltlichkeit wie die herrschende Meinung nur eine Abrede über den Rechtsgrund sieht, damit hierdurch der Rückforderungsanspruch aus § 812 BGB ausgeschlossen wird. Wenn er auch dem Beschenkten keine Rechte gemäß §§ 521 ff. BGB einräumt, spricht gegen ihn, daß er dem Beschenkten immerhin einen Anspruch aus § 523 BGB zugesteht. Außerdem wird der Vertragscharakter der Schenkung im Gesetz selber durch § 516 Abs. 2 BGB hervorgehoben. Rein systematisch sollte daher die Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung als echter Schuldvertrag angesehen werden.

1) Eingehend hierüber Cohn, Martin, Die Verpflichtung des Schenkers zur Gewährleistung wegen eines Mangels im Rechte, Diss. Marburg, 1903, S. 5 ff.

2) Von Savigny, a.a.O., § 142, S. 3 ff.; von Vangerow, a.a.O., § 121, Anm. II, S. 176 ff. Vgl. auch Titze, Heinrich, Bürgerliches Recht, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Auflage, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1932/1948, § 42, S. 159 ff.

3) Windscheid, Bernhard, Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. Band, 5. Auflage, Stuttgart 1879, § 365 Note 18, S. 384 ff.

4) Schuldrecht II, a.a.O., § 47 I, S. 128.

IV. Die Teilunentgeltlichkeit

1. Unentgeltlichkeit und gemischte Schenkung

Die Probleme der gemischten Schenkung geben heute noch Anlaß zu einer Reihe von Streitfragen. Bereits im Sprachlichen tauchen Schwierigkeiten und unterschiedliche Bezeichnungen auf. Während manche Autoren¹⁾ die gemischte Schenkung mit dem "Kauf zum Freundschaftspreis" gleichsetzen, nehmen andere²⁾ zwischen beiden Begriffen eine scharfe Trennung vor. Nach wieder anderer Auffassung³⁾ sind Freundschafts- und Gefälligkeitskauf als Gegensatzpaar aufzufassen.

Zutreffend dürfte es sein, wenn man unter einer gemischten Schenkung zunächst eine Zuwendung versteht, der eine nicht gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht, wenn also z.B. bei einem gegenseitigen Vertrag Leistung und Gegenleistung in einem offenbaren Mißverhältnis stehen. Wesentlich ist noch, daß subjektiv beide Teile darüber einig sind, daß die Zuwendung bis auf die durch das Entgelt gedeckte Gegenleistung unentgeltlich sein soll⁴⁾. Gerade der Parteiwille ist als Merkmal geeignet, die gemischte Schenkung vom Kauf zum Freundschaftspreis oder ähnlich gelagerten Fällen abzugrenzen. Verkauft z.B. jemand ein Paar Skier an einen Dritten deswegen billiger, weil dieser sein Freund ist, so wird ein Kauf vorliegen. Die Freundschaft beider ist nur das Motiv dafür, die Sache billiger zu verkaufen, ohne daß dieses Motiv aber zum Inhalt des Vertrages erhoben wurde⁵⁾. Es fehlt damit an einem wesentlichen Bestandteil der gemischten Schenkung, der Einigung über die Unentgeltlichkeit.

1) Insbesondere Fikentscher, a.a.O., § 65 IV, S. 352 und § 73 I, S. 428 f.; Enneccerus-Lehmann, a.a.O., § 124, S. 482 ff.

2) Vor allem BGH FamRZ 1964, 431; RGZ 163, 259 f.; Erman-Böhle-Stamschräder, Handkommentar zum BGB, 1. Band, 4. Auflage, Münster 1967, § 516 BGB, Anm. 10.

3) Schmidt, a.a.O., S. 7.

4) Als Beispiele gemischter Schenkungen sind insbesondere Übergabeverträge, Altenteilsverträge und Verträge auf Überlassung von Grundstücken gegen Einräumung eines Nießbrauchs anzuführen.

5) Vgl. BGH NJW 1961, 604.

Auseinanderzuhalten ist, daß eine gemischte Schenkung nur dann vorliegt, wenn die Zuwendung teils entgeltlicher, teils unentgeltlicher Natur ist und sich die Parteien des Doppelcharakters der Leistungen bewußt sind. Wird hingegen einem in Wirklichkeit unentgeltlich gewollten Geschäft nach außen hin der Anschein der Entgeltlichkeit gegeben, deutet alles auf eine verschleierte Schenkung hin. Die Verschleierung kann sich dabei auf eine reine Schenkung oder auch auf den unentgeltlichen Teil einer gemischten Schenkung richten.

Besonders strittig ist, nach welchen Regeln die gemischte Schenkung zu behandeln ist. Ist Kaufrecht wegen des entgeltlichen Teils oder Schenkungsrecht wegen des unentgeltlichen Teils anwendbar oder soll teils Kauf-, teils Schenkungsrecht Anwendung finden? Es stehen sich im wesentlichen vier Theorien gegenüber. Die Einheitstheorie¹⁾ ist dadurch gekennzeichnet, daß die gemischte Schenkung als ein Rechtsgeschäft mit einer einheitlichen causa betrachtet wird, auf das die Schenkungsbestimmungen generell anwendbar sein sollen. Die Anhänger der Trennungstheorie²⁾ hingegen teilen die gemischte Schenkung in ihren entgeltlichen und unentgeltlichen Bestandteil auf und wenden auf den unentgeltlichen Teil Schenkungsrecht und auf den anderen die des jeweiligen Vertragstypus an.

1) RGZ 101, 100 ff.; Soergel-Siebert-Ballerstedt, a.a.O., § 516 BGB Rdnr. 5; Müller, Wilhelm, Die gemischte Schenkung, Jher Jb 48, 209 ff.; Regelsberger, Ferdinand, Vertrag mit zusammengesetztem Inhalt oder Mehrheit mit Verträgen, Jher Jb 48, 453 ff., 462; Weirauch, Die gemischte Schenkung, Gruch Beitr. 48, 229 f.; Oertmann, Schuldverhältnisse, aa.O., § 516 BGB Anm. 9; v. Tuhr, 2. Band, 2. Hälfte, a.a.O., § 72 II 3, S. 77.

2) RGZ 163, 260; 148, 236; vgl. auch RGZ 68, 326; 54, 110; Staudinger-Ostler, a.a.O., § 516 BGB Rdnr. 10; Palandt-Putzo, a.a.O., § 516 BGB Anm. 7; RGR-Kommentar, a.a.O., § 516 BGB Anm. 7; Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Band, 4. Auflage, Berlin 1913, § 516 BGB Anm. 6; Harms, a.a.O., S. 61 f.; Koeppen, Wilhelm, Das negotium mixtum cum donatione nach Pandektenrecht und Reichsgesetzen, Diss. Berlin 1901, S. 68; Ziegler, Rudolf, Die gemischte Schenkung, Diss. Leipzig 1937, S. 21; Rilk, Otto, Anmerkung zu RG JW 1935, 2948; Enneccerus-Lehmann, a.a.O., § 124 II, S. 482 ff.

Kaum mehr vertreten wird heute die Theorie des "schenkweisen Vertragsschlusses"¹⁾. Ihre Vertreter sehen die gemischte Schenkung zwar als ein einheitliches Schuldverhältnis an, trennen dieses jedoch in Kauf und Schenkung auf. Dabei wird Kauf hinsichtlich des ganzen Gegenstandes angenommen, während damit gleichzeitig die Schenkung in dem Abschluß des Kaufs zu einem geringeren Preis gesehen wird. Nach einer in der jüngeren Literatur²⁾ vertretenen Auffassung sollen auf eine gemischte Schenkung diejenigen Vorschriften anwendbar sein, die im jeweiligen Fall dem vorgestellten Zweck und damit dem Parteiwillen entsprechen.

Mit der Einheitstheorie werden zwar in der Regel glatte Ergebnisse erzielt, den differenzierten Umständen des Einzelfalles wird die unnatürliche Vereinheitlichung aber oft nicht gerecht. An der Trennungstheorie befriedigt nicht, daß sie die als Einheit gewollte gemischte Schenkung unnötig in zwei Teile zerreißt. Die schematische Zerlegung in Kauf und Schenkung und getrennte Anwendung der Kauf- und Schenkungsvorschriften entspricht in vielen Fällen nicht der Lebenswirklichkeit. Die Theorie des schenkweisen Vertragsschlusses ist gekünstelt und wird dem Parteiwillen nicht gerecht. Die Vertragsschließenden beabsichtigen schließlich nicht, ein Kaufverhältnis, sondern die dem Kaufverhältnis zugrundeliegende Sache selbst zu verschenken. Außerdem kann ein Kaufverhältnis als solches nicht Gegenstand einer Schenkung sein; auch bei der gemischten Schenkung wird schließlich nur das geschenkt, was nach Vertrag vereinbart ist. Es ist daher

1) Siber, a.a.O., Jher Jb 70, 264; Leonhard, a.a.O., § 63, S. 130; Jülicher, Hans, Der Freudenkauf als gemischte Schenkung, Diss. Köln 1935, S. 13.

2) Esser, Schuldrecht II, a.a.O., § 67 I 3, S. 82 und Medicus, a.a.O., § 16 II 3 a, S. 150 f., sprechen von "Zweckwürdigungstheorie", während nach Larenz, Schuldrecht II, a.a.O., § 62 II c, S. 334, eine "gemilderte Trennungstheorie" vorliegen soll. Vgl. dazu auch Soergel-Siebert-Ballerstedt, a.a.O., § 516 Anm. 21, sowie BGHZ 30, 120.

der in der Literatur überwiegenden Lösung der Vorzug zu geben, die dem wirtschaftlichen Zweck des Rechtsgeschäfts und damit den von Fall zu Fall differenzierten Gegebenheiten Rechnung trägt. Die Vorstellungen der Parteien über das Wertverhältnis der sich gegenüberstehenden Leistungen gibt dabei Aufschluß, inwieweit Schenkungsrecht oder das Recht des jeweiligen entgeltlichen Geschäfts Anwendung finden soll.

Das objektive Merkmal der gemischten Schenkung liegt darin, daß bei einem entgeltlichen Rechtsgeschäft die Leistung des einen Teils die des anderen auffällig überwiegt. Ein konkreter Anhaltspunkt dafür, welche Bestimmungen im einzelnen auf die gemischte Schenkung anzuwenden sind, kann dabei insbesondere durch einen Vergleich des Wertes des überlassenen Gegenstandes mit dem Wert der Gegenleistung gewonnen werden¹⁾. Diese Frage spielt vor allem eine Rolle beim Schenkungswiderruf. Nach §§ 530, 531 Abs. 2 BGB kann durch Widerruf der Schenkung die Herausgabe des Geschenkes nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen gefordert werden²⁾. Bei einer gemischten Schenkung erhebt sich die Frage, worauf dieser Herausgabeanspruch gerichtet ist. Hat der Beschenkte nur die Geldldifferenz zu zahlen³⁾ oder hat er den Gegenstand gegen Erstattung der Gegenleistung herauszugeben⁴⁾ oder besteht gar eine Wahlschuld?⁵⁾ Ein gerechtes Ergebnis zu finden,

1) Wie hier BGH NJW 1953, 501 ff.; a.A. zum Teil OGH Köln NJW 1949, 260 ff.

2) Entsprechende Bestimmungen sind §§ 1301, 2287 BGB, 73 EheG.

3) So RGZ 148, 238 ff.; 68, 326 ff.; 54, 110; 29, 265 ff. Auch Medicus, a.a.O., § 16 II 3 b, S. 151, scheint dieser Auffassung zuzuneigen.

4) In diesem Sinn OGH Köln, OHGZ 1, 258 ff.; 2, 160 ff., 165 f.

5) So RGZ 163, 267 ff.; Planck, a.a.O., § 516 BGB Anm. 6; Weirauch, a.a.O., S. 248; Schmidt, a.a.O., S. 48 f. Für den Parallellfall gemäß § 2287 BGB vgl. Kipp-Coing, Erbrecht, 11. Bearbeitung, Tübingen 1960, § 38 III 1, S. 180; Lange, Heinrich, Lehrbuch des Erbrechts, München und Berlin 1962, § 37, S. 404, Fußn. 12; Brox, Hans, Erbrecht, Köln-Berlin-Bonn-München 1966, § 18 III 3 a, S. 183.

ist dann umso schwieriger, wenn sich die gemischte Schenkung auf einen einheitlichen Gegenstand bezieht.

Da in diesem Fall eine Realteilung nicht in Frage kommt, ist schon aus rein tatsächlichen Gründen eine rechtlich in jeder Hinsicht befriedigende Lösung nicht möglich. Die Anhänger der Auffassung, wonach der Schenker bei einer gemischten Schenkung gemäß §§ 530, 531 Abs. 2 BGB das Recht habe, stets den geschenkten Gegenstand herauszuverlangen, führen zur Begründung an, daß der Schenker das Rechtsgeschäft nicht abgeschlossen hätte, wenn er gewußt hätte, daß ihm hinsichtlich des von ihm zugewendeten Gegenstandes ein Rückforderungsrecht nicht zusteht. Auch wäre dem Sinn und Zweck des § 527 BGB nicht genügend Rechnung getragen, wenn dem Schenker nur ein Geldanspruch verbliebe. Dieser Argumentation hat der BGH¹⁾ schon frühzeitig mit Recht entgegengehalten, daß die rechtlichen Folgen eines Vertrages nicht davon abhängig gemacht werden können, ob die Vertragsschließenden unter Voraussetzungen, die tatsächlich nicht gegeben waren, einen anderen hypothetischen Vertrag geschlossen hätten. Außerdem wird in der Regel nicht zu ermitteln sein, von welchen Intentionen sich die Vertragspartner im Fall eines nicht teilweise, sondern voll entgeltlichen Vertrages hätten leiten lassen. Es würden nur vage Vermutungen übrigbleiben, deren Beachtung aber eine erhebliche Rechtsunsicherheit zur Folge hätte. Im übrigen ist dem BGH darin zuzustimmen, daß die Auffassung des OGH Köln²⁾ wohl noch von den Geldverhältnissen vor der Währungsreform beeinflusst gewesen sein dürfte, als Geld im Verhältnis zu Sachwerten für minderwertig angesehen wurde.

Die anderen Auffassungen, wonach der Erwerber stets nur die Gelddifferenz zu zahlen habe oder ein Wahlrecht des Schenkers bestehe, können ebenfalls nicht befriedigen, da hierbei die Interessen des Schenkers zu sehr betont wären. Neben dem

1) BGHZ 30, 120 ff.; BGH NJW 1953, 501 ff.; ebenso auch Erman-Böhle-Stamschräder, a.a.O., § 516 BGB Anm. 10.

2) OGHZ 1, 258 ff.; 2, 165 f.

wirtschaftlichen Zweck des abgeschlossenen Geschäfts sind vielmehr die Interessen beider Parteien abzuwägen und zu würdigen. Keine Probleme bringt es mit sich, wenn der gemischten Schenkung eine teilbare Leistung¹⁾ zugrundeliegt; hier kann der Schenkungswiderruf auf den unentgeltlichen Teil beschränkt werden²⁾. Schwieriger ist die rechtliche Beurteilung, wenn die gemischte Schenkung einen unteilbaren Gegenstand betrifft, der teils entgeltlich, teils unentgeltlich zugewendet worden ist. Bei dieser Sachlage ist ein gerechtes und praktikables Ergebnis am ehesten dadurch zu finden, daß darauf abgestellt wird, ob der unentgeltliche oder entgeltliche Bestandteil des Vertrages überwiegt³⁾. Die ausgetauschten und einander gegenüberstehenden Leistungen müssen daher ihrem Wert nach miteinander verglichen werden.

-
- 1) Eine solche liegt vor, wenn sich die Leistung ohne Wertminderung in gleichartige Teile zerlegen läßt, z.B. Geldzahlungen, Gattungsleistungen usw.
 - 2) Nach Larenz, Schuldrecht II, a.a.O., § 62 II c, S. 333 f., liegen im Fall der Teilbarkeit der Leistung zwei voneinander unabhängige Verträge vor, z.B. Kauf und Schenkung. Er nimmt eine gemischte Schenkung nur im Fall einer unteilbaren Gegenleistung an.
 - 3) Wie hier BGH NJW 1959, 1363 ff.; 1953, 501 ff.; RGZ 163, 257; LG Mannheim NJW 1970, 2111; Esser, Schuldrecht II, a.a.O., § 67 I 3, S. 82 f.; wohl auch Larenz, Schuldrecht II, a.a.O., § 62 II c, S. 335; Palandt-Putzo, a.a.O., § 516 BGB Anm. 7. Ebenso für den Fall des § 2287 BGB Staudinger-Dittmann, a.a.O., § 2287 BGB, Rdnr. 19; Palandt-Keidel, a.a.O., § 2287 BGB Anm. 5; RGR-Kommentar, a.a.O., § 2287 BGB, Anm. 13. A.A. von Lübtow, Ulrich, Erbrecht, Eine systematische Darstellung, 1. Halbband Berlin 1971, S. 435. Ähnlich wie der BGH früher schon Hoeniger, Heinrich, Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge, Band I, Die gemischten Verträge in ihren Grundformen, Mannheim und Leipzig 1910, S. 297.

Diese differenzierende und auch praktische Lösung kommt den Interessen von Zuwerder und Empfänger am nächsten. Wendet jemand z.B. sein Fernsehgerät im Wert von DM 1000.- für DM 400.- einem Dritten zu, so überwiegt bei einem Vergleich des Wertes des überlassenen Gegenstandes mit dem Wert der Gegenleistung der unentgeltliche Charakter des Rechtsgeschäfts. Es ist zu vertreten, daß der Verpflichtete dann den Gegenstand insgesamt herauszugeben hat. Allerdings kann er dem Rückgewährungsanspruch die Einwendung entgegensetzen, daß ihm die geleistete Zahlung Zug um Zug zurückzuerstatten ist (§§ 273, 274 BGB). Im anderen Falle kann dem Schenker nur ein Anspruch auf Ersatz für den geschenkten Wertanteil zugebilligt werden.

Entsprechendes gilt für den Fall, wenn mehrere zusammen eine unteilbare, teilweise unentgeltliche Zuwendung erbracht haben. Widerruft einer der Schenker wirksam die von ihm mitgeleistete Zuwendung, steht ihm das Recht zu - wenn der unentgeltliche Teil der Zuwendung überwiegt - Rückgabe des gesamten Geschenks an alle Schenker zu verlangen¹⁾. Etwas anderes läßt sich auch nicht aus § 432 Abs. 2 BGB herleiten. Der Undank gegenüber einem Schenker gibt diesem auch bei einem unteilbaren Geschenk nicht das Recht zum Widerruf nur seines eigenen Anteils. Andernfalls könnten unteilbare Geschenke nur bei Undank gegenüber allen Schenkern widerrufen werden, was aber nicht dem Sinn und Zweck der §§ 530 ff. BGB entsprechen würde.

Interessant ist in diesem Zusammenhang noch die Frage, wie die gemischte Schenkung zu behandeln ist, wenn aufgrund Gesetzes ein unentgeltliches Rechtsgeschäft die Rechtsfolge der Anfechtbarkeit oder Unwirksamkeit nach sich zieht. Zunächst wird festzustellen sein, ob nach dem mutmaßlichen Parteiwillen im Hinblick auf § 139 BGB der entgeltliche Teil

1) Ebenso RGR-Kommentar, a.a.O., § 530 BGB Anm. 10.

der gemischten Schenkung auch ohne gültige Schenkung Bestand haben soll¹⁾. Läßt der hypothetische Wille²⁾ der Geschäftsparteien danach die Gültigkeit des entgeltlichen Vertrags teils zu, muß geprüft werden, welches Recht anwendbar sein soll. Überwiegt der unentgeltliche Charakter des Geschäfts, entspricht es in Anlehnung an die Auffassung des BGH³⁾ zu den §§ 530, 531 Abs. 2 BGB am ehesten dem wirtschaftlichen Zweck des Rechtsgeschäfts, daß dann Schenkungsrecht mit der Folge der Unwirksamkeit des ganzen Vertrages eingreift. Tritt dagegen der Schenkungscharakter gegenüber dem Kaufelement zurück, wird man unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessenlagen nicht für den ganzen Vertrag Unwirksamkeit annehmen können⁴⁾.

Für die Annahme einer gemischten Schenkung genügt es somit nicht, wenn Leistung und Gegenleistung in einem lediglich objektiven Mißverhältnis zueinander stehen. Wie bei der Schenkung selbst muß auch bei der gemischten Schenkung das subjektive Moment hinzukommen. Der eine Vertragsteil muß den Empfänger der wertvolleren Leistung bereichern und ihm den Wertunterschied auch tatsächlich im Wege der Schenkung zukommen lassen wollen. Entscheidend ist die im Vertrag zum Ausdruck gekommene Absicht der Vertragsparteien. Dabei müssen die Vertragspartner eine Schenkung gar nicht im Sinn haben, selbst wenn die sich gegenüberstehenden Leistungen objektiv nicht äquivalent sind. Es ist durchaus möglich, daß ein

-
- 1) Ebenso Larenz, Schuldrecht II, a.a.O., § 62 II c, S. 334 f.; Esser, Schuldrecht II, a.a.O., § 67 I 3, S. 82 f. Vgl. aber auch RG Recht 1935, 5880 a; Palandt-Putzo, a.a.O., § 516 BGB, Anm. 7 d; Erman-Böhle-Stamschräder, a.a.O., § 516 BGB Anm. 10.
 - 2) Dazu Pierer von Esch, Heinrich, Teilnichtige Rechtsgeschäfte. Das Verhältnis von Parteiwille und Rechtssatz, Köln-Berlin-Bonn-München 1968, 65 ff., 72 ff., 135 f.
 - 3) BGHZ 30, 120 ff.
 - 4) So auch Larenz, Schuldrecht II, a.a.O., S. 335, für den Fall des Formverstößes gegen § 518 BGB; früher schon Hoeniger, a.a.O., S. 298. Vgl. auch Schmidt, a.a.O., S. 39 ff.; Ziegler, a.a.O., S. 33 ff.

(voll)entgeltliches Geschäft beabsichtigt ist. Schließlich kann aufgrund der bloßen Tatsache, daß der Preis gegenüber dem objektiven Wert der Gegenleistung zurückbleibt, nicht ohne weiteres auf das Bewußtsein der Vertragsparteien von dieser Ungleichwertigkeit und deshalb auf den beiderseitigen Willen zur (teilweisen) Unentgeltlichkeit geschlossen werden¹⁾. Im Fall des oben²⁾ erwähnten Freundschaftskaufes liegt z.B. keine gemischte Schenkung vor; für diesen wäre Voraussetzung, daß das ganze Rechtsgeschäft von beiden Vertragsteilen ernsthaft und innerhalb vernünftiger Grenzen als entgeltlich gewollt ist. Sind diese Grenzen überschritten, kann der Wille der Parteien keine Beachtung mehr finden. Das ist dann der Fall, wenn die Bewertung durch die Vertragspartner willkürlich ist und jeder sachlichen Grundlage entbehrt³⁾.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß die gemischte Schenkung objektiv einen nicht unerheblichen Wertunterschied zwischen Leistung und Gegenleistung voraussetzt, wobei hinsichtlich der Wertdifferenz insbesondere auch die subjektiven Voraussetzungen des § 516 BGB gegeben sein müssen.

2. Die Schenkung unter Auflage als unentgeltliches Rechtsgeschäft

a) Die Auflage als Nebenbestimmung

Früher war die Ansicht vertreten worden, die Schenkung unter einer Auflage sei einer gemischten Schenkung ähnlich und müsse daher in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Teil aufgegliedert werden⁴⁾. Heute neigt man mehr dazu,

1) Zutreffend BGH Fam RZ 1964, 429 f.

2) S. 37.

3) BGH NJW 1963, 1613 ff.

4) In Motive, Band II 299 sind die synonymen Ausdrücke "lästiger" und "freigebiger" Vertrag gebraucht worden.

die Auflage als eine Art Nebenbestimmung aufzufassen, die den Beschenkten zur Erreichung eines bestimmten Zweckes in irgendeiner Weise rechtlich verpflichtet¹⁾. Die Zweckbindung geht dabei soweit, daß der Schenker auf die Einhaltung der Auflage einen klagbaren Anspruch hat. Nachdem die Auflage nicht die Bedeutung eines Entgelts hat, ist die Schenkung mit dem vollen Betrag der Zuwendung und nicht mit dem Wert, der nach der Erfüllung der Auflage verbleibt, anzusetzen²⁾. Voraussetzung für die Annahme einer Schenkung dürfte dabei sein, daß sich Schenker und Beschenkter darüber einig sind, daß eine Bereicherung auch noch nach Aufgabenerfüllung übrig bleibt. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Auflage die Zuwendung objektiv und subjektiv wertmäßig völlig ausgleicht oder gar übersteigt; in diesem Fall ist dem Rechtsgeschäft der Schenkungscharakter abzusprechen³⁾.

b) Abgrenzung zu (teil-)entgeltlichen Rechtsgeschäften

Häufig bereitet die Abgrenzung gegenüber einem entgeltlichen Vertrag erhebliche Schwierigkeiten⁴⁾. Das RG⁵⁾ trifft eine Unterscheidung dahin, daß beim entgeltlichen Vertrag die beiden Leistungen voneinander wechselseitig abhängig sind..

1) Statt vieler Soergel-Siebert-Ballerstedt, a.a.O., § 525 BGB, Rdnr. 1; Fikentscher, a.a.O., § 73 IV 9, S. 431.

2) So RGZ 60, 238 ff.; OGHZ 1, 258 ff.; ablehnend Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, a.a.O., S. 57 ff., wonach die Auflage eine "Einschränkung" der Schenkung sei und das Rechtsgeschäft ohne Rücksicht auf das Wertverhältnis zu einem entgeltlichen mache. Mit dieser Auffassung treibt Oertmann aber die Gegenleistungstheorie auf die Spitze.

3) Zutreffend weist Larenz, Schuldrecht II, a.a.O., § 47 III, S. 135, daraufhin, daß sich die Schenkung sonst in ihr Gegenteil verkehren würde. Vgl. auch RGZ 62, 386 ff.; 105, 308 ff.

4) Höniger, a.a.O., S. 253 ff., bezweifelt, daß überhaupt ein geeigneter Unterscheidungsmaßstab gefunden werden kann.

5) RGZ 60, 238 ff.; 112, 210 ff.; ebenso auch Schmidt, a.a.O., S. 9.

Bei der Schenkung unter Auflage sei nur die Schenkung von der Auflage, nicht auch umgekehrt die Auflage von der Schenkung abhängig. Diese Ansicht vermennt aber die Merkmale des entgeltlichen Vertrags mit denjenigen des gegenseitigen Vertrags. Ein brauchbares Unterscheidungskriterium ist darin zu finden, ob Zuwender und Empfänger die erbrachten Leistungen einander wertmäßig gleichsetzen oder ob die eine Leistung als Hauptsache und die andere als Nebensache gewertet wird¹⁾. Es ist aber auch möglich, die Abgrenzung danach vorzunehmen, ob aus der Zuwendung bzw. ihrem Wert die Auflage erfüllt werden soll. Wird die dem Empfänger auferlegte Leistung vereinbarungsgemäß aus dem zugewendeten Vermögen erbracht, kann auf eine Schenkung unter Auflage geschlossen werden²⁾. Dagegen liegt ein entgeltliches Rechtsgeschäft vor, wenn der Empfänger zu Aufwendungen aus dem eigenen Vermögen gezwungen ist, um im Besitz der Zuwendung zu verbleiben.

Die Schenkung unter Auflage unterscheidet sich von der gemischten Schenkung dadurch, daß sich der Vertrag nicht aus einem unentgeltlichen und einem entgeltlichen Element zusammensetzt. Der Gegenwert der Zuwendung wird vielmehr in vollem Umfange geschenkt, auch wenn er durch die zur Vollziehung der Auflage notwendigen Aufwendungen gemindert wird³⁾.

1) Hierzu insbesondere Coing, Helmut, Anmerkung zu OGH Köln, NJW 1949, 260 ff.; Esser, Schuldrecht II, a.a.O., § 67 IV 1, S. 87 grenzt in diesem Sinne die Schenkung unter Auflage von der Zweckschenkung ab; vgl. hierzu auch Enneccerus-Lehmann, a.a.O., § 125 I, S. 484 ff.

2) Diese Auffassung wird durch den Gesetzestext bei § 527 Abs. 1 BGB gestützt: "... als das Geschenk zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen."

3) Dazu RGZ 60, 238 ff., 242; Staudinger-Ostler, a.a.O., § 525 BGB, Rdnr. 1 und 4.

3. Die nachträgliche Vergütung von Leistungen

Die Frage, wann Unentgeltlichkeit oder Entgeltlichkeit eines Rechtsgeschäfts anzunehmen ist, stellt sich auch dann, wenn nachträglich eine Vergütung für bereits geleistete Dienste gewährt wird.

Abzugrenzen ist die belohnende Schenkung¹⁾ und die nachträgliche Vereinbarung eines Entgelts. Zum Teil wird das Abgrenzungsproblem rein subjektiv gelöst²⁾. Entscheidendes Kriterium soll danach der Parteiwille sein; eine nachträgliche Vergütung könne durch Vereinbarung der Parteien selbst dann entgeltlich sein, wenn objektiv kein Anhaltspunkt für die Entgeltlichkeit gegeben ist. Gegen diese Auffassung wendet sich Harms³⁾. Nach ihm kommt es nur auf die objektiven Umstände an. Er mißtraut dem Willen der Parteien und befürchtet, daß die Vertragspartner objektiv unentgeltliche, nachträglich geleistete Zuwendungen subjektiv als Entgelt deklarieren, um beispielsweise Schenkungssteuer zu sparen bzw. den Formvorschriften auszuweichen.

Harms ist zuzugeben, daß das objektive Moment bei nachträglichen Vergütungen in den Vordergrund zu stellen ist. Nur darf man nicht soweit gehen und dieses Kriterium als allein bestimmend ansehen. Schließlich sind für die Annahme einer Schenkung das Vorliegen sämtlicher Tatbestandsmerkmale und damit auch der subjektive Standpunkt der Beteiligten maßgebend. Zu brauchbaren Ergebnissen führt daher nur eine Kombination von objektiven und subjektiven Kriterien⁴⁾. Es kommt also

1) Auch remuneratorische Schenkung genannt.

2) Von Tuhr, 2. Band, 2. Hälfte, a.a.O., § 72 III 3, S. 90 f.; vgl. auch Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, a.a.O., S. 29 ff., 38 ff.

3) A.a.O., S. 87 ff.

4) Wie hier RGZ 94, 322 ff.; 72, 188 ff., 191; Gruch Beitr. 73, 479 ff., 481; vgl. auch Soergel-Siebert-Ballerstedt, a.a.O., § 516 BGB Rdnr. 23; Staudinger-Ostler, a.a.O., § 516 BGB Rdnr. 14.

darauf an, ob die empfangenen Leistungen nur das Motiv für die Zuwendung waren. Wurde die nachträgliche Zuwendung lediglich aus einem Dankgefühl heraus erbracht, wird auf eine Schenkung zu schließen sein. Besteht beim Geber dagegen die Vorstellung einer Verbindlichkeit oder beim Empfänger die Vorstellung eines Anspruchs, so daß das Geleistete in der Annahme der Erfüllung einer Schuld gegeben oder empfangen wird, fehlt es mangels einer Einigung über die Unentgeltlichkeit an einem wesentlichen Begriffserfordernis der Schenkung. Das gleiche gilt auch dann, wenn die Vergütung für früher geleistete Dienste gewährt wird¹⁾. Den Bedenken Harms²⁾, in diesen Fällen dem Willen der Vertragsparteien ausgeliefert zu sein, kann dadurch begegnet werden, daß die Vorstellung der Parteien dann keine Beachtung finden kann, wenn sie von Willkür getragen ist und die Bewertung jegliche konkrete Grundlage vermissen läßt³⁾.

1) So ist die Weihnachtsgratifikation im Hinblick auf das zugrundeliegende Fürsorgeverhältnis zwischen Arbeitgeber und -nehmer nicht als Schenkung anzusehen (vgl. BAG AP Nr. 26 zu § 611 BGB "Gratifikation").

2) Aa.O., S. 89 f.

3) Hierzu siehe oben S.42.

Zweiter Unterabschnitt: Die Unentgeltlichkeit bei Leihe, Darlehen, Auftrag und Verwahrung

I. Das Verhältnis von Gefälligkeit und Unentgeltlichkeit

Leihe, zinsloses Darlehen, Auftrag und unentgeltliche Verwahrung werden von der herrschenden Lehre meist unter dem Begriff "Gefälligkeitsverträge" zusammengefaßt. Die rechtliche Erfassung von Gefälligkeitsverhältnissen ist neuerdings sehr umstritten, wobei vor allem die Haftungsfragen im Vordergrund stehen. Bisher trennte man streng zwischen Gefälligkeitsverträgen und Gefälligkeitshandlungen und verstand unter letzteren gesellschaftliche Veranstaltungen, bei der Gefälligkeiten ohne Verpflichtungswillen und ohne rechtlichen Charakter ausgetauscht wurden¹⁾. Eine jüngere Auffassung²⁾ kritisiert hieran zu Recht, daß es keine Lebensverhältnisse ohne rechtliche Wertung gebe. Auch ein Gefälligkeitsverhältnis könne zu einer Sonderbindung mit erhöhten Schutz- und Erhaltungspflichten führen. Gefälligkeitshandlungen sollten daher entsprechend den Gefälligkeitsverträgen des BGB behandelt werden, soweit sie nicht sowieso schon als Rechtsgeschäfte aufgefaßt

-
- 1) Eingehend dazu Enneccerus-Lehmann, a.a.O., § 27 6, S. 114; vgl. auch Blomeyer, Arwed, Allgemeines Schuldrecht, 3. Auflage, Berlin und Frankfurt 1964, § 22 2, S. 114; Flume, Allgemeiner Teil, Band 2, a.a.O., § 7 5, S. 87.
 - 2) Insbesondere Medicus, a.a.O., § 16 I 2 a, S. 147 f.; Fikentscher, a.a.O., § 7, 3, S. 26 f.; Schwerdtner, Peter, Der Ersatz des Verlustes des Schadensfreiheitsrabatts in der Haftpflichtversicherung. Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Gefälligkeitsverhandlungen und Rechtsgeschäften, NJW 1971, 1673 ff.; Thiele, Wolfgang, Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung. Zur Einordnung der Schutzpflichtverletzung in das Haftungssystem des Zivilrechts, JZ 1967, 649 ff.

werden müßten¹⁾. Dies hat zur Folge, daß bei unentgeltlichen Tätigkeiten ohne Treuhandcharakter die Haftung entsprechend den §§ 521, 599, 690 BGB grundsätzlich²⁾ auf grobe Fahrlässigkeit beschränkt ist.

In diesem Zusammenhang taucht die Frage auf, ob Unentgeltlichkeit und Gefälligkeit einander gleichzusetzen sind. Dies ist zu verneinen. Beide Begriffe liegen auf verschiedenen Ebenen. Die Unentgeltlichkeit wird in der Regel ein äußeres Zeichen für die Gefälligkeit sein, was aber nicht immer so sein muß. Umgekehrt ist es vorstellbar, daß sogar voll entgeltliche Rechtsgeschäfte, wie Kauf oder Werkvertrag, nur aus Gefälligkeit oder Wohlwollen abgeschlossen werden können. Es ist dabei z.B. an die Fälle zu denken, daß ein ständiger Warenlieferant aus Gefälligkeit eine Ware besorgt, die er sonst nicht in seinem Sortiment führt oder daß ein Mäzen von einem Künstler ein Originalbild kauft, nur um diesen finanziell zu unterstützen.

II. Das Merkmal der Unentgeltlichkeit bei der Leihe

Die Leihe besteht in der unentgeltlichen Überlassung des Gebrauchs einer Sache. Nach moderner Lehre ist der Leihvertrag als Konsensualvertrag aufzufassen³⁾. Wird bei der Übergabe

1) Ausführlich Schwerdtner, a.a.O., NJW 1971, 1673 ff.

2) Eine Ausnahme hiervon gilt dann, wenn die gleiche unentgeltliche Tätigkeit auch im eigenen Interesse ausgeführt wird (vgl. BGH JZ 1969, 232 f.).

3) Dazu grundlegend Larenz, Schuldrecht II, a.a.O., § 50, S. 186 f.

eine Vereinbarung über Leihzeit oder Leihzweck getroffen, wird hierdurch keine Verpflichtung zur Hingabe begründet. Der Verleiher ist nur verpflichtet, dem Entleiher während der Leihzeit den vertragsmäßigen Gebrauch zu belassen.

Als Gegenstück zur Miete¹⁾ unterscheidet sich die Leihe durch das Merkmal der Unentgeltlichkeit. Nach der wohl überwiegenden Meinung²⁾ bedeutet unentgeltlich bei der Leihe, daß der Entleiher zur Entlohnung des Verleihers keine, auch nicht eine geringfügige Leistung erbringt. Beispielsweise soll weder ein verhältnismäßig geringfügiger Mietzins noch ein Verzicht des Mieters auf den Mietzins das Vertragsverhältnis als Leihe kennzeichnen³⁾. Im Falle einer unwesentlichen Gegenleistung könne auch nicht in Höhe des nach Abzug des entgeltlichen Teils verbleibenden unentgeltlichen Geschäfts eine Leihe angenommen werden.

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Leistung und Gegenleistung sind in einem wirtschaftlichen Zusammenhang zu sehen. Danach kommt es entscheidend darauf an, ob für den Gebrauch einer fremden Sache ein wirtschaftlich gleichwertiges Entgelt zu entrichten ist. Zur Begründung kann im wesentlichen auf die bei der Schenkung angeführten Argumente⁴⁾ Bezug genommen werden. Bedeutsam ist dabei vor allem, daß bei einem

1) Wie sich an den Ausdrücken Leihbibliothek, Filmverleih, Leihwagen usw. zeigt, wird häufig von Leihe gesprochen, wo in Wirklichkeit eine Miete vorliegt.

2) Für viele Staudinger-Riedel, a.a.O., § 598 BGB Rdnr. 1.

3) Dazu RG Recht 1929 Nr. 321; LG Würzburg JW 1929, 3266.

4) Siehe oben S. 31.

Teilentgelt für den Gebrauch einer Sache der unentgeltliche Teil des Rechtsgeschäfts nicht unter den Tisch fallen kann. In einem derartigen Fall der gemischten Leihe finden vielmehr die Grundsätze über die gemischten Rechtsgeschäfte¹⁾ Anwendung. Daß den Entleiher im übrigen durchaus auch Kosten treffen können, besagt schon das Gesetz. Nach § 601 Abs. 1 BGB muß der Entleiher die gewöhnlichen Erhaltungskosten tragen.

Ein wichtiges Korrelat für die objektive Gleichwertigkeit der sich gegenüberstehenden Leistungen ist der Wille der Vertragsparteien. Hinsichtlich dieses subjektiven Moments der Unentgeltlichkeit liegen zur Leihe allerdings kaum Äußerungen vor²⁾. Eine Stellungnahme zu dieser Frage findet sich jedoch bei Höring³⁾. Sie beurteilt die Unentgeltlichkeit der Leihe von Standpunkt des Entleihers aus, nicht aber von dem des Verleihers. Vom Willen des Entleihers soll es abhängen, ob eine Sache entgeltlich oder unentgeltlich gebraucht werden soll. Diese Auffassung kann nicht richtig sein. Daß sich bei der Leihe keine dem § 516 Abs. 2 BGB entsprechende Regelung findet, ist kein Argument dafür, daß es bei der Unentgeltlichkeit der Leihe lediglich auf den Willen des Entleihers ankommen soll. Außerdem betrifft diese Bestimmung gerade den Fall, daß die unentgeltliche Zuwendung ohne den

1) Zur gemischten Schenkung siehe oben S. 37 ff.

2) Ohne Stellungnahme Enneccerus-Lehmann, a.a.O., § 140, 1, S. 569 f.; Soergel-Siebert-Mezger, a.a.O., Rdnr. 1 ff. vor § 598 BGB. Allgemeine Ausführungen bei Larenz, Schuldrecht II, a.a.O., § 50, S. 186 ff.; Staudinger-Riedel, a.a.O., Rdnr. 1 vor § 598 BGB; Harms, a.a.O., S. 26.

3) Höring, Juliane, Die Unentgeltlichkeit im BGB mit Ausblicken auf das Steuerrecht, Diss. Tübingen 1955, S. 54 f.

Willen des Beschenkten erfolgt. Aus dem Nichtvorliegen einer dem § 516 Abs. 2 BGB entsprechenden Vorschrift kann somit bei der Leihe nicht auf die Überflüssigkeit des subjektiven Erfordernisses der Einigung beider Parteien geschlossen werden. Zudem wird durch § 516 Abs. 2 BGB mit Ablauf der Frist lediglich die Annahmeerklärung fingiert. Ebensowenig vermag auch der Hinweis auf die unterschiedliche Haftung bei Leihe und Miete die oben angeführte Auffassung zu stützen. Wenn der Verleiher gemäß § 599 BGB nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haftet¹⁾, ergibt sich daraus entgegen Höring²⁾ nicht, daß bei der Leihe allein auf den Willen des Entleihers abzustellen ist. Denn entsprechend § 599 BGB hat auch der Schenker nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten (§ 521 BGB). Bei der Schenkung bezweifelt es Höring³⁾ aber nicht, daß die Unentgeltlichkeit der Zuwendung vom Willen beider Parteien umfaßt sein muß. Im übrigen widerspricht sich Höring⁴⁾ zum Teil selbst. Will z.B. der eine Vertragspartner einen Fernsehapparat vermieten, der andere ihn aber entleihen, liegt keine Leihe vor, sondern ein versteckter Dissens, wenn die Willensunstimmigkeit durch die beiderseits abgegebenen Erklärungen auch zum Ausdruck⁵⁾ gekommen ist.

1) Den Verleiher kann aber die volle Haftung treffen, wenn sich z.B. der Entleiher beim Abholen der Sache infolge einer schadhafte Treppe in der Wohnung des Verleihers verletzt (so richtig Thiele, a.a.O., JZ 1967, 649 ff., 654; a.A. Canaris, Claus-Wilhelm, Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für Dritte" bei nichtigen Verträgen. Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen, JZ 1965, 475 ff., 481).

2) A.a.O., S. 55.

3) A.a.O., S. 53 ff.

4) A.a.O., S. 56.

5) Die Nichtübereinstimmung nur des inneren Willens der Parteien genügt für die Annahme eines Dissenses allerdings nicht, vgl. BGH LM Nr. 1 zu § 155 BGB; Larenz, Allgemeiner Teil, a.a.O., § 33 III, S. 507.

Da die Frage der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit des Rechtsgeschäfts einen sehr wesentlichen Punkt betrifft, führt der versteckte Dissens dazu, daß ein Vertrag nicht zustandegekommen ist¹⁾. Das Merkmal der Unentgeltlichkeit hängt somit nicht von der Willenserklärung nur einer Partei, sondern der beider Parteien ab²⁾. Die Tatsache, daß der Gesetzgeber die subjektive Seite der Unentgeltlichkeit bei der Schenkung ausdrücklich hervorgehoben hat, zwingt nicht dazu, eine schriftliche Fixierung auch bei den anderen Gesetzesstellen der Unentgeltlichkeit fordern zu müssen.

III. Die Unentgeltlichkeit beim Darlehensgeschäft

Anders als bei der Leihe ist das Merkmal der Unentgeltlichkeit kein notwendiger Begriffsbestandteil des Darlehens³⁾. Ein Darlehen kann gegen Entgelt oder, was in der Praxis von geringerer Bedeutung ist, unentgeltlich hingegeben sein. Je nachdem knüpfen sich daran unterschiedliche Rechtsfolgen.

Entsprechend den bei der Schenkung und der Leihe gefundenen Grundsätzen liegt ein unentgeltliches Darlehen in dem Umfang und Rahmen vor, als für die Überlassung des Kapitals jeden-

1) Dazu RGZ 93, 299; vgl. auch Soergel-Siebert-Lange, a.a.O., § 155 BGB, Rdnr. 16.

2) Ebenso auch Harms, a.a.O., S. 26.

3) Das Darlehen unterscheidet sich von der Leihe außerdem dadurch, daß die Hingabe nicht nur zum Gebrauch, sondern auch zum Verbrauch stattfindet. Deswegen geht beim Darlehen im Gegensatz zur Leihe der Vertragsgegenstand in das Eigentum des Empfängers über. Auch können nur vertretbare Sachen Darlehensgegenstand sein, während dies bei der Leihe nicht der Fall sein muß.

falls wirtschaftlich kein gleichwertiges Entgelt geleistet wird. Die Unentgeltlichkeit ist hier also dadurch gekennzeichnet, daß keine bzw. keine angemessenen Zinsen¹⁾ zu zahlen sind. Anders als im HGB²⁾ müssen die Zinsen im BGB nach der dort getroffenen Regelung besonders vereinbart sein. Verzinslichkeit oder Unverzinslichkeit und damit Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit des Darlehensvertrages hängen wie bei allen beiderseitigen Verträgen entscheidend vom Willen der Vertragspartner ab. Bei einem unentgeltlichen Darlehensgeschäft muß der Wille beider Parteien dahingehen, daß das Darlehen zinslos bzw. ohne entsprechende sonstige Verzinsung gewährt wird³⁾. Die subjektive Vorstellung nur eines Vertragspartners genügt hingegen nicht, um Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit des Darlehensgeschäftes anzunehmen. Zur Begründung dabei kann auf die bei der Leihe angeführten Argumente verwiesen werden.

Während die bisher herrschende Meinung⁴⁾ die Ansicht vertritt, daß der entgeltliche wie der unentgeltliche Darlehensvertrag

1) Der Zins und damit die Entgeltlichkeit kann auch in der Zahlung einer festen Summe oder einer Gewinnbeteiligung bestehen. Hier beginnen aber bereits die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen partiarischem Darlehen und Gesellschaftsvertrag, vgl. hierzu Staudinger-Riedel, a.a.O., Rdnr. 10 vor § 607 BGB.

2) §§ 353, 354 HGB.

3) Wie hier Harms, a.a.O., S. 26.

4) Oertmann, Schuldverhältnisse, a.a.O., Anm. 5 a vor § 607 BGB; Planck, a.a.O., Anm. 5 vor § 607 BGB; RGRK-Kommentar, a.a.O., Anm. 5 vor § 607 BGB; Enneccerus-Lehmann, a.a.O., § 142 I, S. 574 ff.; Palandt-Putzo, a.a.O., Anm. 1 a vor § 607 BGB.

einen einseitigen Vertrag darstellt, stellt sich eine jüngere Auffassung¹⁾ auf den Standpunkt, daß das entgeltliche Darlehensgeschäft als ein gegenseitiger Vertrag, das unentgeltliche, zinslose Geschäft, ähnlich der Leihe aber als zweiseitig verpflichtender Vertrag zu betrachten sei. Gegenüber der herrschenden Ansicht ist dieser letzteren Meinung der Vorzug zu geben. Denn beim Darlehen stehen Leistung und Gegenleistung in einem ähnlichen Austauschverhältnis wie bei den anderen gegenseitigen Verträgen. Im gesamten Kreditgeschäft wird Kapital schließlich nur mit der Zielsetzung hingegeben, eine entsprechende Zinsvergütung als Äquivalent für die ermöglichte Kapitalnutzung zu empfangen. Auf der anderen Seite wäre es ja auch nicht vorstellbar, daß ein Kreditnehmer Zinsen bezahlt, wenn er die Möglichkeit hätte, ein unverzinsliches Darlehen zu erhalten. Beim entgeltlichen Darlehensgeschäft besteht die Leistung des Darlehensgebers in der zeitweisen Überlassung des Kapitals. Das gleiche muß dann aber auch für das unentgeltliche Darlehen gelten, wobei es hier allerdings an der echten Gegenseitigkeitsbedingung im Sinne der §§ 320 ff. BGB fehlt. Mit der Verpflichtung des Kapitalgebers zur Darlehensgewährung steht die Verpflichtung des Darlehensnehmers zur Zurückbezahlung des Darlehens nicht in einem direkten Austauschzusammenhang. Das unentgeltliche Darlehen ist daher als zweiseitig verpflichtender Vertrag anzusehen.

1) Insbesondere RGZ 161, 52, 56; Heck, Schuldrecht, a.a.O., § 107, S. 328 ff.; Esser, Schuldrecht II, a.a.O., § 86 I, S. 208 ff.; Staudinger-Riedel, a.a.O., Rdnr. 3 vor § 607 BGB; Erman-Wagner, a.a.O., § 607 BGB, Anm. 2 a; Larenz, Schuldrecht II, a.a.O., § 51 I, S. 189 ff.

Es fällt oft schwer, das unentgeltliche Darlehen gegenüber ähnlichen Rechtsgeschäften abzugrenzen. Hier interessiert insbesondere das Verhältnis zur Schenkung. Häufig findet sich die Auffassung, daß das unverzinsliche Darlehen "in der Regel"¹⁾ keine Schenkung, sondern wie die Leihe als Gefälligkeitsvertrag anzusehen sei. Ausnahmsweise könne jedoch dann eine Schenkung vorliegen, wenn einerseits der Darlehensgeber durch die unentgeltliche Gebrauchsüberlassung einen Ertrag aufopfert, den er sonst gewonnen hätte, und andererseits dem Empfänger Ausgaben für die Beschaffung eines entsprechenden Kapitals erspart werden²⁾. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Das Gesetz bezieht Gebrauchsüberlassungen nicht unter Schenkungen ein, vor allem, wenn die Darlehenshingabe eine Verpflichtung des Empfängers zur Rückerstattung nach sich zieht³⁾. Außerdem ist das unverzinsliche Darlehen ein in den §§ 607 ff. BGB besonders geregeltes Schuldverhältnis. Greift man in allen Fällen der Unentgeltlichkeit auf das Rechtsgeschäft der Schenkung zurück, würde dies einen Rückfall in die Anschauungen des Gemeinen Rechts bedeuten⁴⁾. Eine Schenkung kann nur für den Fall angenommen werden, daß nach Willen und vorheriger Abmachung der Parteien ein geringerer Betrag zurückerstattet werden soll, als gewährt worden ist. Da zumindest teilweise die objektiven und subjektiven Voraussetzungen einer Schen-

1) Für viele Staudinger-Riedel, a.a.O., § 607 BGB, Rdnr. 31; a.A. Lübbert, E., Der Kreditvertrag. Ein Beitrag zur Geschichte und Dogmatik des Darlehens, Jher Jb 52, 313 ff., 370.

2) RG Gruch Beitr. 71, 531; vgl. auch RGR-Kommentar, a.a.O., Anm. 8 vor § 607 BGB.

3) Dies wird auch von Larenz, Schuldrecht II, a.a.O., § 47 I, S. 126, hervorgehoben. Vgl. auch den Wortlaut des § 517 BGB.

4) Grundlegend dazu oben S.18 ; vgl. auch oben S. 36.

kung gegeben sind, muß hier von einem gemischten Rechtsgeschäft ausgegangen werden, das teils die Bestandteile eines Darlehens, teils die einer Schenkung beinhaltet.

Bezeichnend für die unentgeltlichen Rechtsgeschäfte ist die Regelung des § 609 Abs. 3 BGB. Hiernach ist der Schuldner beim unentgeltlichen Darlehensgeschäft auch ohne vorherige Kündigung zur sofortigen Rückerstattung des Darlehens berechtigt. Die Zurückzahlung muß der Darlehensgeber hinnehmen, während er die sofortige Rückzahlung des unverzinslichen Darlehens ohne Kündigung nicht fordern kann. In dieser Bestimmung kehrt die typische Rechtsfolge wieder, wonach unentgeltliche Rechtsgeschäfte gegenüber entgeltlichen Rechtsgeschäften mit schwächeren Rechtspositionen ausgestattet sind.

IV. Die Unentgeltlichkeit beim Auftrag

Man könnte im Auftrag eine Parallele zum Dienst- und Werkvertrag sehen, wobei nur die Unentgeltlichkeit das wesentliche Unterscheidungsmerkmal¹⁾ darstellt. Der Auftrag ist jedoch im Gegensatz zum Dienst- und Werk-

1) Bei der Entstehung des BGB hat sich erst die zweite Kommission zu dieser Auffassung durchgerungen, Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, II. Band, Berlin 1898, S. 351 ff.; anders noch Motive, a.a.O., Band II, 527.

vertrag kein gegenseitiger Vertrag, weil der Geschäftsbesorgung kein Entgelt als Gegenleistung gegenübersteht. Ein Austauschverhältnis liegt somit nicht vor. Daran ändern auch die Ansprüche des Beauftragten auf Aufwendersatz (§ 670 BGB) nichts. Sie schützen den Beauftragten nur vor eigenen Opfern und sind nicht als Gegenleistung der Geschäftsbesorgung aufzufassen. Aus diesem Grund ist der Auftrag als unvollkommen zweiseitiger Vertrag anzusehen. Praktisch spielt der unentgeltliche Auftrag nur eine untergeordnete Rolle gegenüber den Geschäftsbesorgungsverträgen des § 675 BGB. Es ist daher den Stimmen¹⁾ beizupflichten, die an der Systematik des Bürgerlichen Gesetzbuches kritisieren, daß es besser gewesen wäre, den entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag im einzelnen zu regeln und die passenden Vorschriften neben den Sonderbestimmungen auf den unentgeltlichen Auftrag für anwendbar zu erklären²⁾. Schließlich ist - abgesehen von der Kündigungsregelung - kein echter Zusammenhang zwischen den §§ 662 ff. BGB und der Unentgeltlichkeit des Auftrags zu erkennen.

1) Vor allem Esser, Schuldrecht II, a.a.O., § 82 I, S. 181 f.; vgl. auch Medicus, a.a.O., § 16 I, S. 144 ff.; Staudinger-Nipperdey, a.a.O., Rdnr. 11 vor § 662 BGB; früher schon Nikisch, Arthur, Betätigungsverträge, ZAKDR 1940, 369 f.

2) Eine solche Regelung wurde für den Verwahrungsvertrag geschaffen.

Tatbestandsmäßig ist der Auftrag objektiv als unentgeltlich anzusehen, wenn der Beauftragte für seine Tätigkeit und den damit verbundenen Aufwand wirtschaftlich keine Vergütung erhält. Liegt nur eine geringfügige Vergütung vor, so hängt es vom Parteiwillen ab, inwieweit Auftragsrecht bzw. die Regeln über entgeltliche Geschäftsbesorgungsverträge Anwendung finden. Auf jeden Fall wird man den Begriff der Unentgeltlichkeit nicht danach beurteilen können, ob die Geschäftsbesorgung im Interesse eines anderen oder im eigenen Interesse erfolgt¹⁾. Denn die Wahrnehmung fremder Interessen kann entgeltlicher wie unentgeltlicher Natur sein. Der Begriff der Unentgeltlichkeit ist somit auf eine andere Stufe zu stellen als das Merkmal der treuhänderischen Bindung²⁾.

Fraglich ist, wonach sich subjektiv die Unentgeltlichkeit beim Auftrag bestimmt. Ähnlich wie bei Schenkung und Leihe kommt es auf den Willen beider Parteien an³⁾. Der Auffassung, daß es allein vom Willen des Auftragnehmers abhängt, ob er eine Leistung als Entgelt für seine Dienste auffaßt⁴⁾, kann nicht gefolgt werden. Eine Begründung für diese Annahme ist dem Gesetz auch nicht "indirekt"⁴⁾ zu entnehmen. § 663 BGB konstatiert nur die Anzeigepflicht des Geschäftsbesorgers. Keinesfalls kann aus einem Unterlassen der Anzeige auf den Willen zur unentgeltlichen Geschäftsbesorgung geschlossen werden. Anders als im Handelsverkehr führt die Unterlassung der Anzeige nicht zur Annahme; es wird hierdurch höchstens eine Schadensersatzpflicht ausgelöst⁵⁾. Problematisch ist in diesem Zusammenhang, ob die spätere Vergütung unentgeltlich geleisteter Dienste die Entgeltlichkeit des Rechtsgeschäfts

1) So aber RGR-Kommentar, a.a.O., Anm. 4 vor § 662 BGB.

2) Hierauf weist Esser, Schuldrecht II, a.a.O., § 82 I, S. 181 f., mit Recht hin.

3) Zutreffend Harms, a.a.O., S. 26.

4) So Höring, a.a.O., S. 57.

5) Vgl. RGZ 104, 265 ff., 267.

nach sich zieht¹⁾. Entscheidend dürfte sein, welche Abmachung die Parteien getroffen haben. Haben sie vereinbart, das bestehende Vertragsverhältnis im nachhinein in ein entgeltliches umzugestalten, liegt wegen der fehlenden Unentgeltlichkeit kein Auftrag mehr vor, sondern ein Dienst- oder Werkvertrag. Der Grund hierfür liegt darin, daß das Vertragsverhältnis rückwirkend abgeändert worden ist. Eine nachträgliche vertragliche Regelung hinsichtlich des Ersatzes von Aufwendungen führt hingegen nicht dazu, daß das Schuldverhältnis als entgeltlich anzusehen ist.

Im Gegensatz zu den anderen unentgeltlichen Verträgen²⁾ fällt beim Auftrag auf, daß für den Beauftragten kein Haftungsprivileg vorgesehen ist. Er haftet entsprechend der Regelung bei entgeltlichen Verträgen für jede Fahrlässigkeit. Der Grund dafür kann nur darin gesehen werden, daß der Auftraggeber dem Beauftragten ein besonderes Vertrauen entgegenbringt. Dieser Gesichtspunkt bringt auch die leichte Lösbarkeit des Vertragsverhältnisses mit sich, worin ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal zu den entgeltlichen Geschäftsbesorgungsverträgen zu erblicken ist. Wenn auch Auftrag und Schenkung beide unentgeltliche Rechtsgeschäfte sind, stellt die Auftragsannahme noch keine Schenkung oder ein Schenkungsverprechen dar. Der Auftrag enthält einen eigenen rechtlichen Sondertatbestand³⁾, was besonders auch in der Haftungsregelung zum Ausdruck kommt. Im übrigen erbringt der Auftragnehmer keine Vermögenszuwendung, er stellt vielmehr seine Arbeitsleistung zur Verfügung.

1) Dazu oben S. 39 f.; vgl. auch Liebisch, a.a.O., S. 35 f., sowie RGZ 94, 157 ff.

2) Vgl. zur Haftung §§ 591, 599, 690 BGB.

3) Für viele Staudinger-Nipperdey, a.a.O., Rdnr. 29 vor § 662 BGB.

V. Der unentgeltliche Verwahrungsvertrag

Früher war der Verwahrungsvertrag durch das Merkmal der Unentgeltlichkeit gekennzeichnet¹⁾. Diese Auffassung ist heute aufgegeben, wobei man die Verwahrung aber auch nicht "grundsätzlich"²⁾ als entgeltlichen Vertrag bezeichnen kann. Die dem § 612 BGB entsprechende Auslegungsregel des § 689 BGB gibt für diese Annahme jedenfalls keine Anhaltspunkte. Die Vorschrift geht von der stillschweigenden Vereinbarung eines Entgelts lediglich dann aus, wenn die Verwahrung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Die Verwahrung kann daher entgeltlich³⁾ wie unentgeltlich übernommen werden. Allerdings schließen sich eine Reihe von Konsequenzen daran, ob der Verwahrungsvertrag entgeltlich oder unentgeltlich abgeschlossen ist. Bei einem unentgeltlichen Verwahrungsvertrag haftet der Verwahrer nur für "diligentia quam in suis" (§§ 690, 277 BGB). Gegenüber dieser Haftungsminde- rung hat der Verwahrer im Falle der Entgeltlichkeit dagegen für Vor- satz und jede Fahrlässigkeit einzustehen. Je nachdem, ob die Verwahrung entgeltlich ist oder nicht, ändert sich auch die rechtliche Natur des Vertrags. Beim unentgeltlichen Ver- wahrungsvertrag besteht grundsätzlich nur eine Leistungs- pflicht des Verwahrers⁴⁾. Es liegt daher kein gegenseitiger Vertrag im Sinne der §§ 320 ff. BGB vor, sondern ein sog. un- vollkommen zweiseitiger Vertrag⁵⁾. Denn der etwaige Anspruch des Verwahrers auf Aufwendungsersatz (§ 693 BGB) stellt keinen Gegenwert für die Verwahrung dar, sondern soll ihn nur für eigene finanzielle Opfer entschädigen. Erfolgt die Verwahrung dagegen nur gegen Vergütung, ist von einem gegenseitigen Vertrag

-
- 1) Zur Regelung im gemeinen Recht vgl. Kühlenbeck, Ludwig, Der Verwahrungsvertrag (Hinterlegung, Depositum) JW 1909, 649.
 - 2) So aber Höring, a.a.O., S. 58.
 - 3) Die wichtigsten Fälle entgeltlicher Verwahrung, das Lagerge- schäft und das Depotgeschäft, sind gesondert und abweichend geregelt (§§ 416-424 HGB; §§ 2 ff., 13 ff. DepotG)
 - 4) Unter Umständen können aber auch den Hinterleger einige Ver- pflichtungen treffen, vgl. §§ 693, 694 BGB.
 - 5) Zutreffend Esser, a.a.O., § 84 II 5, S. 201.

auszugehen; die Vergütung versteht sich hier als Gegenleistung für die mit der Verwahrung verbundenen Mühewaltung¹⁾. Etwas anderes würde lediglich dann gelten, wenn mit der Gegenleistung in Wirklichkeit nur die Aufwendungen ersetzt würden.

Objektiv liegt eine unentgeltliche Verwahrung vor, wenn für die Hinterlegung - wirtschaftlich betrachtet - keine gleichwertige Vergütung entrichtet wird. Häufig wird die Verwahrung aber als Nebenpflicht geschuldet, wenn sie in Zusammenhang mit einem anderen Hauptgeschäft steht. Dies gilt selbst dann, wenn für die Verwahrung kein besonderes Entgelt zu entrichten ist. In diesem Fall finden die §§ 688 ff. BGB grundsätzlich keine Anwendung. Maßgeblich sind vielmehr die Bestimmungen, die auf den Hauptvertrag zutreffen²⁾.

Zu den objektiven Kriterien müssen auch die subjektiven Voraussetzungen treten. Fraglich ist hier, ob es vom Verwahrer abhängen soll, daß in einer Leistung das Entgelt für die Verwahrung zu sehen ist. Eine derartige einseitige Bestimmung seitens des Verwahrers würde jedoch - ähnlich wie bei den anderen Gefälligkeitsverträgen - nicht dem Gedanken des § 690 BGB entsprechen. Es darf nicht darauf ankommen, ob der Verwahrer eine Vergütung als Gegenleistung hinnehmen will oder nicht. Ebenso darf es auch nicht allein vom Willen des Hinterlegers abhängen, daß er beispielsweise eine Haftungsbeschränkung erleichtert, indem er die Aufbewahrung als unentgeltlich ansieht. Es muß daher auf den Willen beider³⁾ Vertragspartner abgestellt werden. Nur wenn Verwahrer und Hinterleger darüber einig sind, daß der Verwahrung einer Sache kein Entgelt gegenübersteht, liegt eine unentgeltliche Verwahrung vor.

1) Statt vieler Larenz, Schuldrecht II, a.a.O., § 58, S. 281; Staudinger-Nipperdey, a.a.O., Rdnr. 8 vor § 688 BGB; Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, a.a.O., S. 66.

2) Hierzu Staudinger-Nipperdey, a.a.O., § 690 BGB Rdnr. 4.

3) Ebenso auch Harms, a.a.O., S. 26.

Dritter Unterabschnitt: Das unentgeltliche Rechtsgeschäft im Bereicherungsrecht.

Erstes Kapitel: Der Begriff der unentgeltlichen Verfügung in § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB

I. Ordnungsaufgabe und Zweck des § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB

Fragen der systematischen Einordnung

1. Einschränkung des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten

Die Bestimmung des § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB muß im Zusammenhang mit den Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb gesehen werden und ist in das Bereicherungsrecht eigentlich nur insoweit einzuordnen, als sich Inhalt und Umfang des Anspruchs nach den Regeln über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung richtet. Sachlich gesehen wirkt sich die Norm aber dahin aus, daß aufgrund des Kondiktionsanspruchs der Erwerb vom Nichtberechtigten erheblich eingeschränkt wird. Der gutgläubige Erwerb hat zur Folge, daß die Rechte des alten Eigentümers den Rechten des Erwerbers grundsätzlich nachstehen. Der Eigentümer verliert sein Recht an einer ihm gehörenden Sache, wenn ein Unberechtigter hierüber wirksam¹⁾ verfügt, ohne daß es aber - auf die dingliche Wirkung bezogen - nach dem Gesetz einen Unterschied macht, ob die Verfügung des Nichtberechtigten entgeltlicher oder unentgeltlicher Natur war. Die Verschiedenartigkeit der beiden Erwerbsgründe hat den Gesetzgeber veranlaßt, durch § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB einen Ausgleich zu schaffen. Statt des Vindikationsanspruchs wird dem Berechtigten ein Kondiktionsanspruch eingeräumt, wobei § 816 BGB insoweit als Spezialfall der Nicht-

1) Z.B. aufgrund §§ 932, 892 BGB, 366 HGB. Bei einer unwirksamen Verfügung kann der Eigentümer die Sache gemäß § 985 BGB von jedem herausverlangen, der sie in Besitz hat.

leistungskondition¹⁾ anzusehen ist. Im Fall der entgeltlichen Verfügung läßt es das Gesetz nicht zu, daß die vom Veräußerer empfangene Gegenleistung endgültig im Vermögen des Nichtberechtigten verbleibt. Hierauf hat vielmehr der frühere Eigentümer einen Anspruch, nachdem er schon um sein Eigentumsrecht gebracht worden ist. Anders ist die Situation, wenn der Nichtberechtigte eine unentgeltliche Verfügung trifft. Da dieser keine Gegenleistung empfangen hat, kann sich auch der Berechtigte nicht mit einem Bereicherungsanspruch an ihm schadlos halten. Für diesen Fall mußte der Gesetzgeber eine gerechte Lösung finden. Dies tat er dadurch, daß er bei unentgeltlichen Verfügungen das Verkehrsinteresse gegenüber dem Interesse des Berechtigten zurückstellte und durch die Bestimmung des § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB dem gutgläubigen Erwerber²⁾ dann keinen Schutz mehr gewährte, wenn dieser den Gegenstand vom Nichtberechtigten auf unentgeltliche Weise bekommen hatte. Allerdings hat der Gesetzgeber diesen Schutzgedanken im Rahmen des § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht mit der Rechtsfolge der Unwirksamkeit, wie z.B. bei § 2113 BGB oder § 2205 BGB ausgestaltet. Dem früheren Eigentümer wurde dafür jedoch ein Kondiktionsanspruch gegen den Erwerber zuerkannt.

Die tiefere Begründung für diese Ausgleichsregelung ist darin zu finden, daß die Interessen desjenigen, der sich gegen einen Eingriff in seine Rechte wehrt, höher zu bewerten sind als die des Gutgläubigen, der durch den unentgeltlichen Erwerb auf Kosten des Berechtigten einen billigen Vorteil erringt. Da hier der Erwerber anders als bei einer entgeltlichen Verfügung keine Gegenleistung erbringt und damit auch keinen Nachteil erleidet, muß der Berechtigte geschützt werden.

1) So Medicus, a.a.O., § 23 V 1 b aa, S. 237.

2) Auf die Gutgläubigkeit des Verfügenden kommt es im Rahmen des § 816 BGB nicht an. Auch der gutgläubig unberechtigt Verfügende muß grundsätzlich die Gegenleistung herausgeben (BGH, BB 1968, 690).

2. Ausschluß des gutgläubigen Erwerbs bei unentgeltlichen Verfügungen de lege ferenda?

Das zunächst etwas verwirrend anmutende Zusammenspiel von gutgläubigem Erwerb und Bereicherungsausgleich über § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB legt die Frage nahe, ob es nicht am einfachsten wäre, wenn bei unentgeltlichen Verfügungen eines hierzu nicht berechtigten der gutgläubige Erwerb gänzlich ausgeschlossen ist¹⁾. Tatsächlich war diese Überlegung bereits in der 2. Kommission bei den Beratungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch angestellt worden. Nur äußerst knapp wurde der Ausschluß des gutgläubigen Erwerbs bei unentgeltlichem Erwerb vom Nichtberechtigten abgelehnt²⁾. Heute ist der Gedanke vereinzelt wieder aufgegriffen worden. Es wird dabei vor allem auf das Argument verwiesen, daß der Ausschluß des gutgläubigen, unentgeltlichen Erwerbs der rechtlichen Schutzlosigkeit des Erwerbers besser entsprechen würde als der Bereicherungsausgleich de lege lata³⁾.

An dieser Lösung ist aber bedenklich, daß der den Gutglaubensbestimmungen zugrundeliegende Verkehrsschutz und damit der allgemeine Rechtsverkehr zu kurz kommt. Außerdem würde eine derartige Regelung einen Bruch mit dem bisher im Bürgerlichen Gesetzbuch ver-

1) Hierzu Lent-Schwab, Sachenrecht, 13. Auflage, München 1972, § 16 VI, S. 70. Eine andere Möglichkeit ginge dahin, zwischen Privat- und Handelsverkehr zu unterscheiden, dazu Wiethölter, Rudolf, Anmerkung zu BGH JZ 1963, 285 ff., 288. Vgl. weiter Zweigert, Konrad, Rechtsvergleichend-Kritisches zum gutgläubigen Mobiliarerwerb, Rabels Z 1958, 1 ff. und Giehl, Friedrich, Der gutgläubige Mobiliarerwerb - Dogmatik und Rechtswirklichkeit, AcP 161, 357 ff. Reinhardt, Rudolf, Vom Wesen des Geldes und seiner Einfügung in die Güterordnung des Privatrechts, Festschrift für Boehmer, Bonn 1954, S. 60, 75 ff., 87, 91 ff., propagiert einen stärkeren Schutz des Geldeigentümers.

2) Vgl. Prot., Band III, S. 214 ff.

3) Insbesondere Wiethölter, a.a.O., S. 288; Zweigert, a.a.O., S. 17, Fußn. 54.

ankerten Abstraktionsprinzip¹⁾ bedeuten. Wenn man sich auch heute darüber einig ist, daß dieses Prinzip nicht besonders lebensnah²⁾ ist, so sprechen doch erhebliche Gründe dafür, den Abstraktionsgrundsatz aufrechtzuerhalten. Hervorzuheben ist an ihm insbesondere, daß er die Grundlage für klare Rechtsverhältnisse abgibt. Wenn z.B. jemand gutgläubig einen Gegenstand erwirbt, wird dadurch dem Rechtschein nach in der Regel eine sachenrechtliche Position begründet, auf die sich Dritte, vor allem Gläubiger, mit Recht verlassen können. Ein Abgehen vom Abstraktionsprinzip würde diese Interessen aber in starkem Umfange beeinträchtigen. Die Wirksamkeit einer Vollstreckung hinge beispielsweise vom Bestehen des zugrundeliegenden Grundgeschäfts ab, was zu großen Unsicherheiten im Rechtsverkehr führen würde³⁾.

-
- 1) Näher hierzu Baur, Fritz, Lehrbuch des Sachenrechts, 6. Auflage, München 1970, § 5 IV, S. 38 ff., § 51 VIII, S. 441 f.; Larenz, Schuldrecht II, a.a.O., § 39 II, S. 10 ff.; Krause, Hermann, Das Einigungsprinzip und die Neugestaltung des Sachenrechts, AcP 145, 312.
 - 2) Baur, a.a.O., S. 442, spricht von einem "Reservat lebensuntauglicher Jurisprudenz".
 - 3) Zutreffend Flume, Band 2, a.a.O., § 12 III 3, S. 176 f.

II. Der Begriff "Verfügung"

1. Begriff und Arten der Verfügungen im Sinne des § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB

In den Lehrbüchern und Kommentaren zum BGB wird die Verfügung gemäß § 816 BGB meist einheitlich als ein Rechtsgeschäft definiert, durch das ein Recht unmittelbar übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben wird¹⁾. Abstrahiert bedeutet dies, daß eine Verfügung dann unentgeltlich ist, wenn der Nichtberechtigte durch seine Verfügung unmittelbar auf ein Recht einwirkt²⁾. Es ist aber zu überlegen, ob der Sinn und Zweck des § 816 BGB nicht eine umfassendere Bestimmung des Verfügungsbegriffs erforderlich macht. Festzuhalten ist dabei, daß sich das Verfügungsgeschäft ganz erheblich vom Verpflichtungsgeschäft unterscheidet. Letzteres bildet die Grundlage für Rechtsbeziehungen unmittelbar von Person zu Person, eine unmittelbare Einwirkung auf bestehende Rechte wird jedoch nur durch eine Verfügung erreicht. Bedeutsam wird dieser Unterschied, wenn jemand unbefugt den Nutzen, wie z.B. den Miet- oder Pachtzins, aus einer fremden Sache einbehält. In diesen Fällen fehlt es an der für die Verfügung charakteristischen unmittelbaren Einwirkung auf ein Recht. Trotzdem erscheint der Nutznießer ungerechtfertigt bereichert. Zu überlegen wäre daher, ob dem Eigentümer nicht ein Kondiktionsanspruch hinsichtlich der Nutzungen zuzubilligen ist.

-
- 1) Für viele Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., § 143 II, S. 882 ff., S. 330; zuvor schon Dernburg, Heinrich, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 1. Band, Halle 1902, § 112, S. 342 f.; Crome, Carl, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Band, Tübingen und Leipzig 1900, § 74 II 3, S. 326 f. Ebenso auch die Rechtsprechung RGZ 49, 416; 92, 36; 94, 82.
 - 2) Im Vordergrund stehen hier insbesondere die Fälle, in denen jemand aufgrund des gutgläubigen Erwerbs eines anderen einen Rechtsverlust hinnehmen muß (z.B. im Rahmen der §§ 405, 892 f., 932, 1032, 1138, 1155 f., 1207 f., 2113, 2366 BGB; 366 HGB; Art 16 WG).

Die bisher herrschende Meinung¹⁾ gesteht dem Berechtigten in diesem Fall keinen Bereicherungsausgleich zu. Die Begründung läuft darauf hinaus, daß die Nutzziehung mit einer dinglich wirkenden Verfügung nicht gleichzustellen ist²⁾. Demgegenüber befürwortet eine jüngere im Vordringen begriffene Auffassung³⁾ in diesen Fällen die entsprechende Anwendung des § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB. Dieser Ansicht ist gegenüber der herrschenden Meinung der Vorzug zu geben. Denn wer z.B. einen Gegenstand vermietet oder verpachtet, ohne hierzu berechtigt zu sein, verschafft sich mit dem Miet- bzw. Pachtzins den Gebrauchswert der Sache, der eigentlich dem wirklich Berechtigten zustünde⁴⁾. Ebenso wie bei der Verfügung eines Nichtberechtigten liegt hier auf Kosten des Berechtigten eine Bereicherung um die Gegenleistung in Gestalt des Miet- oder Pachtzinses vor. Ein derartiges Interessenverhältnis legt eine entsprechende Anwendung des § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB nahe, da sich eine andere, gleich praktikable Lösung nicht anbietet. Gegen den Mieter oder Pächter kann der Berechtigte nicht vorgehen, da beide ihre Rechtsstellung auf eine Leistung des Vermieters oder Pächters zurückführen können und damit nicht ohne rechtlichen Grund bereichert sind. Einen Anspruch

1) RGZ 105, 408 f.; 106, 109 ff., 111 f.; LG Hagen NJW 1947/1948, 341 f. LG Göttingen MDR 1953, 482 f.; Palandt-Thomas, a.a.O., § 816 BGB Anm. 2; Planck, a.a.O., § 816 BGB Anm. I 2; RGR-Kommentar, a.a.O., § 816 BGB Anm. 14.

2) So RGZ 105, 408.

3) Vor allem Larenz, Schuldrecht II, a.a.O., § 69 IV a, S. 430; Esser, Schuldrecht II, a.a.O., 104 II 2 c, S. 372; RGR-Kommentar, a.a.O., § 812 BGB Anm. 2 c; Soergel-Siebert-Mühl, a.a.O., § 816 BGB Rdnr. 6; von Lübtow, Ulrich, Miete und Leihe fremder Möbel, insbesondere zu LG Hagen NJW 1948, 341, AcP 150, 252 ff. Vgl. auch Weimar, Wilhelm, Für den juristischen Nachwuchs: Kann der Ertrag durch Besitzverwertung nach § 816 BGB herausverlangt werden? MDR 1964, 383 ff.; Schuler, Hans, Bereicherungsprobleme der §§ 816, 951 BGB, NJW 1962, 1842 f. Früher schon von Caemmerer, Ernst, Leistungsrückgewähr bei gutgläubigem Erwerb, Festschrift für Boehmer, Bonn 1954, S. 145 ff.; Bereicherung und unerlaubte Handlung, Festschrift für Rabel, Band I, Tübingen 1954, S. 333 ff., 358.

4) Zutreffend Baur, a.a.O., § 29 E, S. 262 f.; Dulckeit, Gerhard, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, Tübingen 1951, S. 11 ff., 20 ff.

auf den Erlös hat der Berechtigte auch nicht auf dem Wege über § 812 BGB. Hierzu fehlt es im Verhältnis zum Mieter oder Pächter am Merkmal der Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung, der Berechtigte ist insoweit nicht in ein Leistungsverhältnis einbezogen¹⁾. Schließlich greift als Anspruchsgrundlage auch nicht § 987 BGB ein. Diese Norm hat nämlich zur Voraussetzung, daß ein Hauptanspruch auf Herausgabe des Gegenstandes besteht, dem die Nutzungen entstammen. Das ist aber nicht der Fall, da die Nutzungsvorteile selbst zum primären Gegenstand des Kondiktionsanspruchs geworden sind. § 987 BGB bezieht sich jedoch nur auf die Abschöpfung zusätzlicher Vorteile aus der Nutzung²⁾.

Zu der Frage, ob nicht auch § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB entsprechend angewendet werden kann, wenn jemand den Gebrauch einer Sache einem Dritten unentgeltlich, also leihweise, zuwendet, ohne hierzu berechtigt zu sein, finden sich über-raschenderweise nur wenig Ausführungen³⁾. Nachdem die Problematik die gleiche ist wie bei der entgeltlichen Gebrauchsüberlassung, können die dort angeführten Argumente hierher übernommen werden. Die analoge Anwendung des § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB hat zur Folge, daß der Empfänger dem Eigentümer den Wert der unentgeltlich erlangten Gebrauchsvorteile ersetzen muß, auch wenn er den Besitz zwar von einem nichtberechtigten Verleiher, aber durch ein wirksames Rechtsgeschäft erworben hat⁴⁾.

1) Vgl. dazu Esser, Schuldrecht II, a.a.O., § 104 II 2 c, S. 372.

2) So Lieb, Manfred, Nutzungsmöglichkeiten als Gegenstand von Bereicherungsansprüchen. Zugleich eine Stellungnahme zum "Flugreise"-Urteil des BGH, NJW 1971, S. 1293, Fußn. 51.

3) Knappe Hinweise u.a. Larenz, Schuldrecht II, a.a.O., § 69 IV c, S. 431; früher schon Karpus, a.a.O., S. 54.

4) Karpus, a.a.O., S. 54 scheint auf die Leihe ebenfalls § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB anwenden zu wollen. Allerdings ist seine Darstellung etwas widersprüchlich, wenn er von Krawielicki, Robert, Unentgeltlichkeit im Bereicherungsrecht, Jher Jb 81, 257 ff., 329 ff., das Postulat übernimmt, begrifflich müsse bei § 816 BGB eine "Verfügung" vorliegen.

Gewährt ein Nichtberechtigter einem Dritten ein unentgeltliches, also unverzinsliches Darlehen, braucht anders als bei Miete, Pacht oder Leihe der Analogiegedanke nicht bemüht werden. Durch die wirksame Hingabe des Darlehens wird über das Eigentum am Darlehensgegenstand verfügt¹⁾. Da die causa beim unverzinslichen Darlehen unentgeltlichen Charakter hat, steht dem wirklichen Eigentümer der hingegebenen Sache neben den Ansprüchen gegen den Verfügenden auch der direkte Anspruch gegen den Erwerber aus § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB zu.

2. Verfügung und unentgeltliche causa

Der Begriff der causa wird oft in einem falschen Sinn verstanden, insbesondere hinsichtlich des Verfügungsbegriffs, wie sich schon an dem im Gesetz mehrmals²⁾ gebrauchten Ausdruck der unentgeltlichen Verfügung zeigt. Jeder Leistung liegt eine bestimmte causa zugrunde, die auf die Erreichung eines besonderen Zwecks abzielt, beispielsweise die Über-eignung zur Erfüllung einer Schenkung. Speziell im Schenkungsrecht (§ 516 Abs. 1 BGB) ist die Unentgeltlichkeits-cause gesetzlich ausgestaltet. Sie liegt aber auch anderen unentgeltlichen Rechtsgeschäften, wie z.B. Leihe, Auftrag oder Verwahrung zugrunde. Das Wesen des Rechtsgrunds ist darin zu erblicken, daß durch ihn die Leistung ihre Rechtfertigung erfährt, der Empfänger sie also behalten darf. Fehlt es an der causa, greifen die §§ 812 ff. BGB ein; der Empfänger ist verpflichtet, die Zuwendung zurückzugewähren.

Von der Verfügung wissen wir, daß sie abstrakt, d.h. vom Bestimmungsgrund losgelöst ist. Die Verfügung kann dabei selbständig vorgenommen werden, die Begründung eines Schuldverhältnisses ist vorher nicht erforderlich. Auch bleibt die Verfügung wirksam, wenn sie auf einer nichtigen causa beruht; ein Ausgleich der Rechtsinteressen findet dann über die §§ 812 ff. BGB statt.

1) RGZ 103, 286 ff.; vgl. auch Larenz, Schuldrecht II, a.a.O., § 51 I, S. 190; Palandt-Putzo, a.a.O., § 607 BGB Anm. 1 c; sowie Motive II, 307.

2) §§ 816 Abs. 1 Satz 2, 2113 Abs. 2, 2205 Satz 3, 2375 Abs. 1 Satz 2 BGB; 32 Nr. 1 und 2 KO.

Die Frage, ob eine entgeltliche oder unentgeltliche Vereinbarung getroffen ist, bezieht sich eindeutig auf das Verpflichtungsgeschäft und damit auf den Rechtsgrund. Die Verfügung hingegen ist vom Verpflichtungsgeschäft zu trennen und kann daher nicht - zumindest nicht direkt - nach den Kriterien Entgeltlichkeit bzw. Unentgeltlichkeit eingestuft werden. Als gewissermaßen "wertneutrale"¹⁾ Rechtsgeschäfte sind sie jeder Entgeltbeurteilung entzogen und können daher weder entgeltlich noch unentgeltlich sein. Zur Frage der Bewertung muß auf das der Verfügung zugrunde liegende kausale Geschäft zurückgegriffen werden²⁾. Wenn das Gesetz dennoch in § 816 BGB von unentgeltlicher Verfügung spricht, so ist dies so zu verstehen; daß die Verfügung auf Grund, in Erfüllung oder in Ausführung eines kausalen Rechtsgeschäfts vorgenommen wird, das seinerseits ein unentgeltliches Geschäft ist. Eine unentgeltliche Verfügung liegt nur dann vor, wenn der Verfügung eine unentgeltliche causa zugrunde liegt.

-
- 1) Zu diesem Ausdruck Krawielicki, Unentgeltlichkeit im Bereicherungsrecht, a.a.O., S. 271 f.; Karpus, a.a.O., S. 45; vgl. auch Baur, a.a.O., § 5 IV 3 a, S. 40; Haymann, Franz, Die Schenkung unter einer Auflage nach römischem und deutschem bürgerlichen Recht, Berlin 1905, S. 8; Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, a.a.O., S. 89 ff.; RGZ 83, 50 ff., 52. Zutreffend hebt Baur hervor, daß die Rechtsprechung auch die Verfügung immer mehr auf ihren Wertgehalt überprüft. Beispiele sind hier Sicherungsübereignungsverträge, die den Schuldner wirtschaftlich übermäßig beeinträchtigen oder Zuwendungen, die den freien Willensentschluß von vermögensrechtlichen Zuwendungen abhängig machen (vgl. BGHZ 26, 185 ff.; 10, 228 ff.; 7, 111 ff.; RGZ 136, 247 ff., 253).
- 2) Ebenso Larenz, Allgemeiner Teil, a.a.O., § 24 II e, S. 332 f.; Schlosser, Peter, Bereicherungsansprüche bei unentgeltlichen sowie rechtsgrundlosen Verfügungen eines Nichtberechtigten - BGHZ 37, 363, JuS 1963, 141 ff.; früher schon v. Tuhr, 2. Band, 2. Hälfte, a.a.O., § 74, S. 138, 146.

III. Unentgeltlichkeit in der Person des Erwerbers oder des nichtberechtigten Verfügenden

1. Ausgangsmöglichkeiten

Bei der Untersuchung der Frage, wann eine objektiv unentgeltliche Verfügung vorliegt, kommt es darauf an, von welcher Sicht aus die Verfügung sich als entgeltlich bzw. unentgeltlich darstellt. Der Charakter einer Verfügung kann für den nichtberechtigten Verfügenden von anderer Natur sein als für den Erwerber¹⁾. Es ist möglich, daß die Verfügung für den Erwerber unentgeltlich, für den nichtberechtigten Verfügenden aber entgeltlich ist, z.B. dann, wenn A dem B aus dem Grund etwas schenkt, damit dieser dem C eine Schenkung mache. Die Verfügung A-B ist vom Erwerber B aus gesehen als entgeltlich zu beurteilen, da dem Geschenk des A als Gegenleistung die Verpflichtung gegenübersteht, den C zu beschenken²⁾. Anders bei A, für ihn ist die Verfügung im Verhältnis zu C auf jeden Fall unentgeltlicher Natur. Auch der umgekehrte Fall läßt sich konstruieren. X verfügt unbefugt, aber wirksam an Y und erfüllt hierdurch eine Kaufvertragsverpflichtung des Z, die dem Y gegenüber bestanden hatte. Für Y erweist sich die Verfügung als entgeltlich, da der Verfügung die Kaufpreiszahlung an Z als Gegenleistung gegenübersteht. X hingegen verfügt unentgeltlich. Es ist also möglich, daß sich ein- und dieselbe Zuwendung für den einen als unentgeltlich, für den anderen aber als entgeltlich darstellt. Daher muß geprüft werden, von welcher Person es abhängt, ob Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit im Sinne des § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB vorliegt.

1) Es könnte daran gedacht werden, auch den früheren Eigentümer, den Berechtigten also, in diese Überlegungen miteinzubeziehen. Dagegen spricht aber, daß er an der eigentlichen Verfügung nicht beteiligt ist, sodaß seine subjektiven Vorstellungen nicht zum Tragen kommen.

2) Zu diesem Fall RGZ 112, 362 ff., 368.

2. Maßgeblichkeit der Stellung des nichtberechtigten Verfügenden?

Der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten erfährt durch § 816 BGB eine erhebliche Einschränkung¹⁾. Diese Bestimmung verleiht dem früheren Rechtsinhaber jedenfalls für die Fälle des Rechtserwerbs vom Nichtberechtigten einen bedeutsamen Schutz. Wenn auch deswegen die Frage der Unentgeltlichkeit vom Berechtigten her nicht direkt zu beurteilen ist, so könnte dies doch von der Person des Verfügenden aus geschehen. War nämlich die Verfügung für den Verfügenden unentgeltlich, dann hat er nichts erlangt, was nach § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB an den Berechtigten herauszugeben wäre. In diesem Fall verbliebe dem Altberechtigten gegen den Erwerber der Anspruch aus § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB. Dieser gesetzlichen Schutzwirkung des § 816 BGB zugunsten des Berechtigten steht auf der anderen Seite der Grundgedanke der Kondiktionsnormen gegenüber. Hiernach braucht niemand etwas herauszugeben, wenn er insoweit nicht bereichert ist.

3. Die Bestimmung der Unentgeltlichkeit von der Person des Erwerbers aus

Festzuhalten ist, daß § 816 BGB nicht den gutgläubigen Erwerb begründet, sondern ihn im Gegenteil weitgehend einschränkt. Hieraus muß der Schluß gezogen werden, daß die Rechtsposition des Berechtigten nicht von dem eigenen Interesse am Bestand seines Rechts herzuleiten ist. Wie sich aus der Rechtsfolge des § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB ergibt, ist vielmehr von entscheidender Bedeutung, daß dem Interesse des Erwerbers an der unentgeltlichen Verfügung ein geringerer Wert beizumessen ist. Da hier der Empfänger für den Erwerb nichts aufwenden mußte, dieser für ihn also nur von Vorteil war, ist sein Interesse weniger schützenswert. Anders ausgedrückt, findet das Schutzwürdigkeit des Berechtigten dort seine Grenze, wo der Erwerber keinen Vorteil mehr hat. Wesentlich für die Be-

1) Dazu siehe oben S. 65 f.

stimmung der Unentgeltlichkeit im Bereicherungsrecht ist daher nicht der Nachteil des Berechtigten, es kommt vielmehr maßgeblich auf den Vorteil des Erwerbers an¹⁾.

Der gutgläubige, aber unentgeltliche Erwerb²⁾ sichert zwar nach außen hin eine feste Rechtsposition, im Verhältnis zum früheren Berechtigten offenbart sich aber seine Schwäche. Der tiefere Grund hierfür liegt darin, daß der Erwerber keine gleichwertige Gegenleistung erbracht hat und auf diese Weise weniger schutzwürdig und daher ungerechtfertigt bereichert erscheint. Für den Bestand des Rechts steht hier also nicht der gute Glaube im Vordergrund, sondern die Tatsache, daß der Erwerber ein Entgelt geleistet hat. Denn dann kann von einer Bereicherung nicht gesprochen werden³⁾. Zutreffend erkennt Esser⁴⁾ darin die wirtschaftliche Betrachtungsweise des Bereicherungsrechts.

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, daß die objektive⁵⁾ Unentgeltlichkeit im Rahmen des § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB von der Person des Erwerbers aus zu bestimmen ist. Der Nichtberechtigte kann also eine Verfügung vornehmen, die für ihn entgeltlich, für den Empfänger aber unentgeltlich ist. An folgendem Beispiel soll dies illustriert werden: zwei Personen schließen einen Kaufvertrag ab, bei dem sich die eine Person verpflichtet, die geschuldete Gegenleistung schenkweise an einen Dritten zu erbringen. Verfügt nun diese Person unbefugt, aber wirksam

1) Zutreffend Krawielicki, Bereicherungsrecht, a.a.O., S. 266 f.; vgl. auch Soergel-Siebert-Mühl, a.a.O., § 816 BGB, Anm. 16; Karpus, a.a.O., S. 42 f.; Höring, a.a.O., S. 65 f. Ohne Stellungnahme RGR-Kommentar, a.a.O., § 816 BGB, Anm. 28 ff.; Fikentscher, a.a.O., § 99 IV 2, S. 584 f.; Enneccerus-Lehmann, a.a.O., § 225 I 2, S. 874 ff.

2) Der Beschenkte muß durch die Verfügung des Nichtberechtigten einen unmittelbaren, rechtlichen Vorteil erhalten, sonst liegt kein Fall des § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB vor (BGH NJW 1969, 605 f.).

3) Aus diesem Grund scheidet auch eine Kompensation wegen etwaiger Ansprüche gegen den unbefugt Verfügenden aus, da dieser ja volles Recht verschafft und damit Erfüllung geleistet hat.

4) Esser, Schuldrecht II, a.a.O., § 104 II 3 c, S. 372.

5) Zu den subjektiven Kriterien vgl. unten S. 86.

an den Dritten, so stellt sich die Verfügung für sie als entgeltlich dar, da die Vornahme der Schenkung ja vertraglich ausbedungen war. Dafür hat der Erwerber von seinem Standpunkt aus - und hierauf kommt es an - die Leistung unentgeltlich empfangen, sodaß ihn über § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB die Pflicht zur Herausgabe des Erlangten trifft. Hat der Dritte jedoch ein Entgelt erbracht, und wenn auch nur an einen anderen¹⁾, kann der Berechtigte gegen ihn mit der Kondiktion aus § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht mehr durchdringen, er muß sich an den Verfügenden halten.

Im Rahmen des § 816 BGB ist für das Merkmal der Unentgeltlichkeit damit Voraussetzung, daß der Erwerber keine Leistung aus seinem Vermögen versprochen oder erbracht und der unbefugt Verfügende deshalb auch keinen Vorteil erworben hat, den der Berechtigte herausverlangen könnte.

IV. Formaljuristische und wirtschaftliche Betrachtungsweise der unentgeltlichen Verfügung

1. Ausgangspunkt und Gegensatz der beiden Betrachtungsweisen

Die Kontroverse zwischen formaljuristischer und wirtschaftlicher Betrachtungsweise hat seinen Ausgangspunkt vornehmlich im Steuerrecht genommen. Mit dem Hinweis auf die "wirtschaftliche Bedeutung" der Steuergesetze in § 1 Abs. 2 StAnpG²⁾

1) RGZ 112, 362 ff., 368.

2) Die wirtschaftliche Betrachtungsweise kommt im Steuerrecht an verschiedenen Stellen zum Ausdruck, wie §§ 5, 6, 11 StAnpG, 6 Abs. 1 Satz 2, 7 a KStG, 19 KStDV, § 2 Abs. 2 Nr. 2 GewStG, 1 Abs. 2 GrEStG; 2 Abs. 2 Nr. 2, 3 Abs. 5 und 9 UStG.

glaubte man, die Grundlage für die wirtschaftliche Betrachtungsweise gefunden zu haben. Diese Betrachtungsweise erlangte daher auch im Steuerrecht besondere Bedeutung, wobei ihr die bürgerlich-rechtliche oder formaljuristische Auffassung gegenübergestellt wurde¹⁾. Der Kernpunkt der wirtschaftlichen Betrachtungsweise wird im wesentlichen darin gesehen, daß ein Lebenssachverhalt innerhalb der typisierten privatrechtlichen Formen meist nicht den Ausdruck findet, der seinem inneren Gehalt und seiner wirtschaftlichen Bedeutung zukommt. Gerade die Unterschiede "von typischer Erscheinung und spezieller Wirklichkeit"²⁾ machen im gegebenen Fall eine Auslegungsmethode notwendig, die auch die spezifisch wirtschaftliche Bedeutung der Dinge berücksichtigt³⁾. Gegenüber der durch die rechtsförmliche Betrachtungsweise ausgedrückten bürgerlich-

-
- 1) Ausführliche Literaturzusammenstellung bei Tipke-Kruse, Reichsabgabenordnung, Kommentar, 2. - 5. Auflage, Köln 1965/72, § 1 StAnpG, vor Anm. 42; hierzu weiter Hutzler, Adolf, Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Steuerrecht, Diss. München 1955; Friedländer, Kurt, Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Steuerrecht, NJW 1956, 1049 ff.; Huber-Krebs, Hanns Walter, Wirtschaftliche Betrachtungsweise und Konformität zwischen Steuerrecht und Privatrecht, StW 1967, Sp. 474 ff.; Spitaler, Armin, Die Einschränkung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, Stb Jb 62/63, Sp. 405 ff.; Ebert, Dieter, Die wirtschaftliche Betrachtungsweise als Auslegungsgrundsatz im Steuerrecht, Diss., Mainz 1955; Barske, Kurt, Die wirtschaftliche Betrachtungsweise, NWB = Neue Wirtschaftsbriefe für Steuer und Wirtschaftsrecht, Fach 2, S. 2245 ff.
 - 2) Kühn, Rolf, Abgabenordnung, 8. Auflage, Stuttgart 1966, § 1 StAnpG Anm. 4 a.
 - 3) Die Bedeutung wirtschaftlicher Interessen bei der Auslegung bürgerlich-rechtlicher Normen kommt insbesondere im Recht der Sicherungsübereignung zum Ausdruck.

rechtlichen Form steht hiernach der von der wirtschaftlichen Betrachtungsweise herausgestaltete wirtschaftliche Inhalt. Während die wirtschaftliche Betrachtungsweise eine dem wirtschaftlichen Gehalt entsprechende Wertung des Gesetzesausdrucks vornimmt und die Betonung auf den Inhalt, auf den "Kern der Dinge" legt, gibt die formaljuristische Betrachtungsweise mehr der äußeren Gestalt und der Rechtsform den Vorrang.

Dazu ist zunächst festzustellen, daß die wirtschaftliche Betrachtungsweise der gesetzlichen Sanktionierung in § 1 Abs. 2 StAnpG nicht bedarf, da sich die Grundsätze dieser Betrachtungsweise bereits aus den allgemeinen Regeln der Auslegungslehre ableiten lassen¹⁾. Seitdem sich die Interessenjurisprudenz im bürgerlichen Recht durchgesetzt hat, hat § 1 Abs. 2 StAnpG seine grundlegende Bedeutung eingebüßt. Die Bestimmung trägt heute nurmehr den Charakter eines Hinweises, daß einem Begriff nach dem Sinn und Zweck der jeweils zugrundeliegenden Norm steuerrechtlich ein anderer Inhalt zukommen kann. Mit dieser Aussage bringt das Gesetz

1) Grundsätzlich dazu BVerwGE 17, 55, 57; vgl. auch Hartz, Wilhelm, Die Auslegung von Steuergesetzen, Herne 1957, S. 29 f., 37; Spitaler, a.a.O., Stb Jb 62/63, S. 407; Hopfenmüller, Theo, Zur Begrenzung der Gestaltungsfreiheit im Steuerrecht. Ein Beitrag zur Anwendungspraxis des § 6 StAnpG, Spitalergedächtnisschrift, Köln 1965, S. 123; dagegen Kruse, Heinrich Wilhelm, Was kann im Steuerrecht unter "folgerichtiger Entscheidung" verstanden werden? StW 58, Sp. 154, der die Meinung vertritt, daß sich die Anwendung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise solange auf Abs. II stützen muß, als § 1 Abs. 2 StAnpG nicht aufgehoben ist. A.A. auch Kaiser, Josef, Auslegungsgrundsätze im Steuerrecht unter besonderer Würdigung der prinzipiellen Funktion der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, Diss. Göttingen 1970, S. 73, 80.

heute eine Selbstverständlichkeit zum Ausdruck¹⁾. Der bei der Auslegung der Steuergesetze zu beachtende Faktor der wirtschaftlichen Bedeutung ist nicht mehr in einem Gegensatz zu den modernen Auslegungsmethoden zu sehen, er ist als Bestandteil in sie bereits eingegangen. Denn jede Gesetzesauslegung²⁾ fußt auf der Erkenntnis, daß der Normzweck das ausschlaggebende Kriterium ist. Hieraus ist der Schluß zu ziehen, daß die wirtschaftliche Betrachtung tatsächlich eine rechtliche Betrachtungsweise ist, nur daß in erster Linie wirtschaftliche Gesichtspunkte die Grundlage abgeben³⁾. Im Vordergrund steht das wirtschaftlich-funktionale Verständnis der Strukturen, die konkrete Sinnerfüllung der Begriffe, während die rechtsförmliche Betrachtung auf abstrakte Begriffsbildung und Strukturierung nach rein logisch-formalen Gesichtspunkten abstellt. Dabei soll aber nicht außer Betracht bleiben, daß unabhängig davon, welcher Betrachtungsweise man sich anschließt, Ausgangspunkt immer die jeweils auszulegende Norm ist.

2. Formaljuristische Betrachtungsweise der Unentgeltlichkeit

Nach der heute immer noch Überwiegenden Meinung⁴⁾ wird der Begriff der Unentgeltlichkeit im Kondiktionsrecht als reiner Rechtsbegriff verstanden, d.h. es wird weniger auf wirtschaftliche Gesichtspunkte, als vielmehr auf rechtsförmliche Erwägungen abgestellt. Als Wegbereiter für diese Auffassung sind

-
- 1) Im gleichen Sinn Hartz, a.a.O., S. 37; Buchwald R, Gegensatz von Zivil- und Steuerrecht? StW 1960, Sp. 473.
 - 2) Allgemein dazu Larenz, Methodenlehre, a.a.O., S. 233 ff.; German, Oskar. Adolf, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2. Auflage Bern 1967, S. 47 f.; Kaiser, a.a.O., S. 29 ff.
 - 3) Wie hier Hartz, a.a.O., S. 51; Huber-Krebs, a.a.O., Sp. 480. Ebenso auch Kaiser, a.a.O., S. 121 f.
 - 4) Für viele Palandt-Thomas, a.a.O., § 816 BGB Anm. 4 b; Palandt-Putzo, a.a.O., § 516 BGB, Anm. 4 a; RGR-Kommentar, a.a.O., § 816 BGB Anm. 28; Staudinger-Ostler, a.a.O., § 516 BGB, Rdnr. 13 a; vgl. auch Wiethölter, a.a.O., JZ 1963, 286; RGZ 163, 348 ff.; Krawielicki, Unentgeltlichkeit im Bereicherungsrecht, a.a.O., S. 275; Karpus, a.a.O., S. 50.

insbesondere Oertmann¹⁾, Haymann²⁾ und Liebisch³⁾ zu nennen. Nach ihnen kommt es bei der Frage der Unentgeltlichkeit entscheidend darauf an, ob der Zuwendung auf der einen Seite eine Leistung auf der anderen Seite gegenübersteht. Unentgeltlichkeit wird dann angenommen, wenn Leistung und Gegenleistung weder durch gegenseitigen Vertrag noch konditional oder kausal miteinander verknüpft sind.

Eine Präzisierung und Zusammenfassung im Sinne der formaljuristischen Betrachtungsweise erfuhr der Begriff durch das RG⁴⁾. Hiernach ist ein Erwerb dann als entgeltlich aufzufassen, wenn er in rechtlicher Abhängigkeit zu einer eigenen ausgleichenden Leistung steht und mit dieser zusammen endgültig sein soll. Die Abhängigkeit kann durch verschiedenerlei Gründe veranlaßt sein; in Frage kommt hier die wechselseitige Verpflichtung, die Vereinbarung einer entsprechenden Bedingung oder eines bestimmten Rechtszwecks⁵⁾. Im übrigen kann rechtlich auch ein unmittelbarer Konnex zwischen Zuwendung und Erwerb bestehen, wie sich z.B. beim Empfang einer geschuldeten Leistung zeigt.

Nach dieser Auffassung ist für den unentgeltlichen Erwerb wesentlich, daß weder aufgrund Gesetz oder Rechtsgeschäft eine rechtliche Abhängigkeit von einer äquivalenten, eigenen Zuwendung besteht. Konsequenter weiter verfolgt, führt diese rechtsförmliche Betrachtungsweise zu dem Schluß, daß eine Verfügung bereits dann als entgeltlich anzusehen ist, wenn

1) Entgeltliche Geschäfte, a.a.O., S. 50.

2) A.a.O., Jher Jb 56, 97.

3) A.a.O., S. 27 ff.

4) RGZ 163, 348 ff.

5) Zu diesen Fällen der synallagmatischen, konditionalen und kausalen Verknüpfung, siehe oben S. 24 f.

ihr Empfänger überhaupt eine Gegenleistung erbracht hat. Keine Rolle kann es danach spielen, daß die Gegenleistung nur von geringem Wert ist und die Vertragspartner hiervon Kenntnis hatten¹⁾.

3. Wirtschaftliche Betrachtungsweise im Bereicherungsrecht

In letzter Zeit hat eine wirtschaftlich orientierte Auslegung des Unentgeltlichkeitsbegriffs im Bereicherungsrecht vor allem in der Literatur²⁾ an Boden gewonnen. Aber auch die Rechtsprechung ist von dieser Betrachtungsweise nicht unbeeinflusst geblieben. So hat der BGH in einer Entscheidung zu § 816 BGB durchklingen lassen, daß bei der Beurteilung von Leistung und Gegenleistung auf den "wirtschaftlichen Wert" abzustellen sei³⁾. Trotz der sich an das Urteil anschließenden Kritik⁴⁾, daß es sich bei der Unentgeltlichkeit um einen Rechtsbegriff und nicht um einen wirtschaftlichen Begriff handle, ist der wirtschaftlichen Betrachtungsweise zumindest für den Bereich des Kondiktionsrechts der Vorzug zu geben. Denn das Bereicherungsrecht ist von seiner Zielfunktion her gesehen wirtschaftlich orientiert. Zu diesem Ergebnis ist auch die Rechtsprechung gekommen, indem sie einen Zuwachs des Vermögens⁵⁾ für die Bereicherung als kenn-

1) So jedenfalls Krawielicki, Unentgeltlichkeit im Bereicherungsrecht, a.a.O., S. 275; Karpus, a.a.O., S. 43, 49.

2) Statt vieler Palandt-Thomas, a.a.O., § 818 BGB, Anm. 6; Soergel-Siebert-Mühl, a.a.O., § 816 BGB, Anm. 16; Esser, Schuldrecht II, a.a.O., § 104 II 3, S. 372 f.; Rothoeft, a.a.O., AcP 163, 215 ff., 218. Nach von Caemmerer, Ernst, Bereicherungsausgleich bei Verpfändung fremder Sachen, Festschrift für Lewald, Basel 1953, S. 443 ff., 446 ist im Hinblick auf § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB in der entgeltlichen Veräußerung einer Sache nach der wirtschaftlichen Betrachtungsweise eine Art ihrer Verwertung zu erblicken.

3) BGHZ 37, 363 ff. ("Spielbankenfall").

4) Eingehend Schlosser, a.a.O., JuS 1963, 141 ff., 143; ebenso Wiethölter, a.a.O., JZ 1963, 286 ff., 288, allerdings ohne Begründung.

5) Unter dem Begriff "Vermögen" versteht Batsch, Karl Ludwig, Vermögensverschiebung und Bereicherungsherausgabe, in den Fällen unbefugten Gebrauchs bzw. Nutzens von Gegenständen (Eine Kritik der Lehre von der 'Eingriffskondiktion'), Diss. Marburg 1968, S. 99 ff., jedes verfügbare Recht ohne Rücksicht auf dessen Geldwert.

zeichnend ansieht¹⁾. Dies ergibt sich auch indirekt aufgrund der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung²⁾. Fällt die konkrete Bereicherung weg, so richtet sich der Kondiktionsanspruch auf den Ersatz des Wertes; ist der Kondiktionssschuldner überhaupt nicht mehr bereichert, erlischt jeglicher Anspruch. Dementsprechend muß der Bereicherungsgläubiger jede mit der Bereicherung zusammenhängende Vermögensminderung des Schuldners gegen sich gelten lassen. Nach der allgemein anerkannten Saldotheorie³⁾ ist nämlich nicht nur der Wert von Leistung und Gegenleistung maßgeblich, zu berücksichtigen sind auch die mit dem Leistungsaustausch eingetretenen sonstigen Vor- und Nachteile: die Nachteile sind als Vermögensminderung abzuziehen, die Vorteile als Vermögensmehrung hinzuzurechnen. Um die Höhe der Bereicherung des Kondiktionssschuldners zu ermitteln, bildet man eine Art "Bereicherungsbilanz"⁴⁾ und errechnet den Saldo von Aktiv- und Passivposten. Bei dieser Überschußrechnung steht der wirtschaftliche Zusammenhang zwischen Bereicherungsvorgang zwischen Aktiv- bzw. Passivposten im Vordergrund. Das zeigt sich deutlich bei

-
- 1) Vgl. BGH NJW 1962, 1051; RGZ 151, 125. Ebenso Flume, Werner, Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht, Festschrift für Niedermeyer, 1953, S. 103 ff., 165 ff.; Lehmann, Heinrich, Anmerkung zu BGH, JZ 1954, 701 f.
- 2) §§ 812, 818 Abs. 2 und 3 BGB.
- 3) Hierzu BGH, NJW 1963, 1870 f.; RGZ 163, 348 ff.; 137, 324 ff., 336; 86, 343 f.; 54, 137 ff., 141; Soergel-Siebert-Mühl, a.a.O., § 818 BGB Rdnr. 41 ff.; RGR-Kommentar, a.a.O., § 818 BGB, Anm. 32 ff.; Fikentscher, a.a.O., § 100 VI 3, S. 599 f.; Esser, Schuldrecht II, a.a.O., § 105 II 2, S. 382 f.; Larenz, Schuldrecht II, a.a.O., § 70 III, S. 441; Medicus, a.a.O., § 12 II 3 b, S. 93 f.; Diesselhorst, Malte, Die Natur der Sache als außergesetzliche Rechtsquelle, verfolgt an der Rechtsprechung zur Saldotheorie, Tübingen 1968, S. 32 ff. Früher schon Weintraud, Gerhard, Die Saldotheorie. Ein Beitrag zur Lehre vom Gegenstand des Bereicherungsanspruchs, Breslau 1931. A.A. und für die Zweikondiktionentheorie u.a. Oertmann, Schuldverhältnisse, a.a.O., § 818 BGB, Anm. 3 a; von Tuhr, Andreas, Der 86. Band der Entscheidungen des Reichsgerichts, DJZ 1916, 582 ff., 584.
- 4) Rothoef, a.a.O., AcP 163, 218.

der Frage, ob ein Bereicherungsschuldner, der eine gestohlene Sache gekauft und verbraucht hat, vom Berechtigten wegen Wertersatzes herangezogen werden kann, ohne daß er die an den Dritten geleistete Kaufpreiszahlung in Anrechnung bringen kann¹⁾. Entgegen früherer Auffassung kommt die Rechtsprechung²⁾ heute zu dem richtigen Ergebnis, daß die Kaufpreiszahlung mit der Bereicherung in wirtschaftlichem Konnex steht und ihrer Aufnahme in die Überschußrechnung nichts im Wege steht. Einen Ausgleich findet dieser Posten allerdings durch die Forderung des Bereicherungsschuldners gegen den Dritten.

Die wirtschaftliche Betrachtungsweise des Bereicherungsrechts kommt außerdem dadurch zum Ausdruck, daß nicht so sehr der gute Glaube des Erwerbers von ausschlaggebender Bedeutung ist, sondern daß der Erwerber für die Leistung tatsächlich ein entsprechendes Entgelt bezahlt hat³⁾. Vom wirtschaftlichen Standpunkt aus erscheint er durch seine Gegenleistung nicht mehr bereichert. Der frühere Rechtsinhaber muß daher seine Ansprüche gegen den unbefugt Verfügenden geltend machen. Im Fall der unentgeltlichen Verfügung kann er vom Nichtberechtigten aber nichts verlangen, da dieser ja selbst nichts erlangt hat, was er herausgeben könnte. In diesem Sinne hat der Gesetzgeber in § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB die Interessen des gutgläubigen Dritten, der die Sache gegen Entgelt erworben hat, höher bewertet als die des bisher Berechtigten.

Die wirtschaftliche Betrachtungsweise ist im Rahmen des § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB ein wertvolles Hilfsmittel zur Klärung der Frage, wann eine Verfügung als unentgeltlich anzusehen ist.

1) Vgl. RGR-Kommentar, a.a.O., § 818 BGB, Anm. 38; Larenz, Schuldrecht II, a.a.O., § 70 III, S. 441 ff.

2) BGHZ 14, 7 ff.; 9, 333 ff., 336.

3) Dies hat Esser, Schuldrecht II, a.a.O., § 104 II 3, S. 372, richtig hervorgehoben.

Wesentlich ist, ob der Verfügung des Nichtberechtigten eine gleichwertige Gegenleistung des gutgläubigen Erwerbers gegenübersteht¹⁾. Ist dies der Fall und kann der frühere Rechtsinhaber aus diese, Grund vom Nichtberechtigten nichts kondizieren, liegt Unentgeltlichkeit vor.

V. Objektive und subjektive Betrachtungsweise

1. Gegenüberstellung

Im Vordergrund steht hier die Frage, ob der Begriff der Unentgeltlichkeit in § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB rein objektiv oder rein subjektiv zu verstehen ist, oder ob beide Kriterien für die Begriffsbestimmung heranzuziehen sind.

Keinen Streit dürfte es darüber geben, daß die Unentgeltlichkeit nicht allein auf Grund subjektiver Merkmale zu bestimmen ist. Die Unentgeltlichkeit kann nicht ohne Rücksicht, ob ein Entgelt tatsächlich geleistet worden ist, von der bloßen Parteivereinbarung abhängen. Eine derartige Auslegung wäre auch geeignet, den in § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB zugunsten des früheren Berechtigten normierten Schutzzweck auszuhöhlen. Nach einer anderen Auffassung²⁾ wird bei der Beurteilung der Unentgeltlichkeit ein objektiver Maßstab angelegt. Hiernach stellt sich die Zuwendung des nichtberechtigt Verfügenden dann als unentgeltlich dar, wenn der Erwerber nach der objektiven Rechts- und Sachlage nicht zu einer ausgleichenden Gegenleistung verpflichtet ist. Dabei kann auch der Fall der Teilentgeltlichkeit gegeben sein, z.B. wenn der Nichtberechtigte eine gemischte Schenkung getätigt hat. Dieser objektiven Betrachtungsweise ist entgegenzuhalten, daß der den Kausalgeschäften zugrunde liegende Wille der Vertragsparteien nicht ohne weiteres vernachlässigt werden darf.

1) Zutreffend Esser, Schuldrecht II, a.a.O., § 104 II 3, S. 372.

2) So RGZ 163, 348 ff., 354 und 105, 246 ff., allerdings bezogen auf die Parallelfälle der §§ 988 und 2205 Satz 3 BGB. Vgl. auch von Tuhr, 2. Band, 2. Hälfte, a.a.O., § 74 III, S. 142; Zill, Gerhard, Unentgeltliche Verfügungen im Sinne von § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB, Diss. Halle - Wittenberg 1936, S. 9 ff.; weiter auch Rothoef, a.a.O., AcP 163, 222 f., der aber mit seiner Wendung "bei verständiger Würdigung" ein subjektives Moment in seine Begriffsbestimmung bringt. Widersprüchlich Höring, a.a.O., S. 65 f.

Zu brauchbareren und sachgemäßen Ergebnissen führt daher die Ansicht, die den Begriff der Unentgeltlichkeit nach objektiven und subjektiven Kriterien definiert¹⁾. Danach muß als objektives Erfordernis der Unentgeltlichkeit auf seiten des Erwerbers ein Vorteil liegen, während subjektiv bei den Parteien hierüber Einigkeit herrschen muß. Maßgeblicher Zeitpunkt ist dabei die Vornahme der Verfügung. Werden objektiv ungleichwertige Leistungen ausgetauscht, kommt es auf die Vorstellungen der Beteiligten an, ob zu der objektiven, wertmäßigen Bereicherung des einen Teils auch der entsprechende Wille der Parteien hinzutritt. Voraussetzung für den Anspruch nach § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB ist somit, daß sich Nichtberechtigter und Erwerber über die Unentgeltlichkeit der Verfügung einig sind. Hinsichtlich der Frage, gegen wen der frühere Rechtsinhaber seinen Kondiktionsanspruch erheben kann, darf nicht einseitig auf den Willen nur einer Partei abgestellt werden; eine solche einseitige Beurteilung würde den anderen Partner benachteiligen. Käme es auf den Willen nur einer Partei an, könnte z.B. der Nichtberechtigte die Leistung des Erwerbers nicht als Entgelt anerkennen wollen, sodaß der Erwerber als Kondiktionsschuldner gemäß § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB herhalten müßte, obwohl er seiner Meinung nach eine gleichwertige Gegenleistung erbracht hat. Für den umgekehrten Fall, daß die Vorstellung des Erwerbers allein maßgeblich wäre, gilt das gleiche. Richtig ist daher einzig und allein, daß es auf den Willen des unbefugten Verfügenden, ebenso wie auf den des Erwerbers ankommen muß, ob die Leistung des Nichtberechtigten durch das Entgelt des Erwerbers ausgeglichen wird oder nicht. Allerdings ist als Korrektiv eine Willkürgrenze einzubauen. Ist der den Vertragspartnern bekannte Wertunterschied zwischen Leistung und Gegenleistung derart

1) Statt vieler Palandt-Thomas, a.a.O., § 816 BGB, Anm. 5; Esser, Schuldrecht II, a.a.O., § 104 II 3, S. 372 ff.; v. Caemmerer, Ernst, a.a.O., S. 154; Schlosser, a.a.O., JUS 1963, 144; Krawielicki, Unentgeltlichkeit im Bereicherungsrecht, a.a.O., S. 270; Karpus, a.a.O., S. 44 ff.

erheblich, daß dessen Bewertung durch die Parteien jeder sachlichen Grundlage entbehrt, dann hat der Parteiwille für die Bestimmung der Entgeltlichkeit außer Betracht zu bleiben. Als Beurteilungsmaßstab ist in diesem Fall das objektive Wertverhältnis heranzuziehen.

2. Kondiktionsanspruch im Fall der gemischten Schenkung

In Literatur und Rechtsprechung ist die Frage noch kaum behandelt, worauf sich der Bereicherungsanspruch richtet, wenn der Nichtberechtigte eine teilweise entgeltliche Verfügung im Sinne des § 816 BGB vorgenommen hat¹⁾.

Zur Lösung bieten sich eine Reihe von Möglichkeiten an. Es ist daran zu denken, den teilweise geschenkten Gegenstand gegen Ersatz des dafür gezahlten geringwertigen Entgelts in seiner Gesamtheit²⁾ herauszugeben. Zerlegt man die gemischte Schenkung in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Teil und wendet man für jeden Teil die für diesen geltenden Vorschriften an, könnte dem Berechtigten ein Anspruch gegen den zum Teil unentgeltlich Erwerbenden auf die Wertdifferenz und gegen den unberechtigt Verfügenden auf das erlangte Entgelt zugestanden werden³⁾.

Beide Lösungsvorschläge sind in ihrer strengen Handhabung aber zu schematisch, als daß sie in komplizierteren Fällen zu interessengerechten Lösungen führen. Geboten ist hier eine Interpretation, die dem wirtschaftlichen Zweck des Geschäfts und den berechtigten Belangen der Parteien gerecht wird. Ist

-
- 1) Knappe Stellungnahmen hierzu bei Krawielicki, Unentgeltlichkeit im Bereicherungsrecht, a.a.O., S. 273 ff.; Karpus, a.a.O., S. 50 ff.
 - 2) Zu diesem Ergebnis würde man bei konsequenter Anwendung der Einheitstheorie kommen, siehe oben S.38 Fußn.1. Ebenso auch Krawielicki, Bereicherungsrecht, a.a.O., S. 273 ff. und Karpus, a.a.O., S. 50 ff., allerdings mit der Modifikation, daß dem Beschenkten die Befugnis eingeräumt wird, den Berechtigten durch Zahlung der Differenz zwischen wirklichem Wert und gezahltem Preis abzufinden.
 - 3) Zur Trennungstheorie vgl. oben S.38 Fußn.2.

die dem Teilentgelt gegenüberstehende Leistung teilbar, so ist dem Schutz des Berechtigten Genüge getan, wenn er vom Erwerber den unentgeltlich erlangten Teil der Leistung und vom Verfügenden das Teilentgelt herausverlangen kann. Im Fall der Unteilbarkeit der Leistungen kann eine Lösung nur vom Sinn und Zweck des § 816 BGB her gewonnen werden. Hat der gutgläubige Dritte die Verfügung des Nichtberechtigten durch ein entsprechendes Entgelt ausgeglichen und steht dem bisher Berechtigten aufgrund dessen ein Kondiktionsanspruch gemäß § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB zu, dann besteht kein Anlaß für einen Durchgriffsanspruch gegen den gutgläubigen Erwerber. Als Kriterium kann hierfür - entsprechend dem ähnlich gelagerten Problem bei § 531 Abs. 2¹⁾ - ein Vergleich des Wertes des Überlassenen Gegenstandes mit dem Wert der Gegenleistung herangezogen werden. Überwiegt der unentgeltliche Teil des Rechtsgeschäfts, verdient der frühere Rechtsinhaber Schutz, da seine Entreichung durch den Zugriff auf das vom Gutgläubigen an den Nichtberechtigten Geleistete nicht in angemessener Weise ausgeglichen wird. Gegen Ersatz des vom Erwerber gezahlten geringwertigen Entgelts²⁾ kann er von diesem die Herausgabe des teilweise geschenkten Gegenstandes verlangen. Überwiegt der unentgeltliche Teil jedoch nicht, wird - wirtschaftlich betrachtet - der Interessenlage noch am ehesten die Lösung gerecht, daß dem früheren Rechtsinhaber kein Anspruch auf Herausgabe des Gegenstandes zusteht. Es erscheint praktikabel, an dieser Grenze den Schutzzweck des § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB endigen zu lassen. Der gutgläubige Erwerber verdient den größeren Schutz. In diesem Fall braucht er sich nur noch den Anspruch auf die Wertdifferenz gefallen lassen.

1) Dazu oben S.40.

2) Insoweit steht dem Erwerber ein Zurückbehaltungsrecht (§§ 273, 274 BGB) zu.

VI. Weiter und enger Unentgeltlichkeitsbegriff
Das Problem der rechtsgrundlosen Verfügung

1. Der unentgeltliche Erwerb im "weiteren Sinne"

Wenn ein Nichtberechtigter infolge des guten Glaubens des Erwerbers dinglich wirksam über ein fremdes Recht verfügt, kann bei diesem Rechtsgeschäft zwischen Verfügendem und Erwerber die causa¹⁾ für die Zuwendung fehlen²⁾. Für den Mangel der causa sind dabei verschiedenerlei Ursachen denkbar: ursprüngliches Fehlen eines gültigen Grundgeschäfts (Nichteinigung über die Zweckbestimmung), späterer Wegfall des Rechtsgrundes (z.B. durch Anfechtung), Nichteintritt des mit einer Leistung bezweckten Erfolges, Leistungen zum Zwecke der Erfüllung einer in Wirklichkeit nicht bestehenden Verbindlichkeit, usw.³⁾.

Die mit der rechtsgrundlosen Verfügung eines Nichtberechtigten zusammenhängenden Fragen stellen einen besonders schwierigen und in Rechtsprechung und Lehre sehr umstrittenen Problemkomplex dar. Aus dem Kreis dieser Fragen interessiert in diesem Zusammenhang insbesondere das Problem der Gleichsetzung von rechtsgrundloser und unentgeltlicher Verfügung.

In der älteren Literatur⁴⁾ wird fast überwiegend die Auffassung vertreten, daß die rechtsgrundlose Verfügung eines Nichtberechtigten einer unentgeltlichen Verfügung gleichzu-

1) Zu diesem Begriff siehe oben S.72.

2) Die Bestimmungen § 816 Abs. 1 Satz 1 und § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB gehen davon aus, daß das der Verfügung zugrundeliegende Geschäft wirksam ist.

3) Ausführlich hierzu Enneccerus-Lehmann, a.a.O., § 225 I 2, S. 874; Planck, II. Band, § 812 BGB, Anm. I 3.

4) Für viele von Tuhr, 2. Band, 2. Hälfte, a.a.O., § 74 II, S. 141 f.; Cертmann, Paul, Verfügungen ohne Rechtsgrund über fremde Sachen, Recht 1915, S. 510 f.; Kauffmann, Walter, Wem gebühren die vor Rechtshängigkeit gezogenen Nutzungen des gutgläubigen Eigen- oder Nutzungsbesitzers bei Nichtigkeit des zugrundeliegenden Vertrags? LZ 1933, 1188 ff.; Reinhardt, Rudolf, Die Verpflichtung des Käufers zur Herausgabe von Nutzungen bei nichtigen Kaufverträgen, ZAKDR 1938, 509; Werner, Alfred, Anmerkung zu RG JW 1930, 3210 f.

stellen sei. Als Begründung für diese Analogie wird folgendes argumentum a maiore ad minus angeführt: wenn der frühere Rechtsinhaber schon eine unentgeltliche Zuwendung, der eine causa zugrunde liegt, nach § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB vom Erwerber kondizieren könne, im Fall, daß die sonstigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind, müsse ein derartiger Anspruch erst recht bei einer rechtgrundlosen Zuwendung durchgreifen, denn hier würde ein rechtfertigender Grund für das Behalten überhaupt fehlen¹⁾. Diese Gleichsetzung von causaloser und unentgeltlicher Verfügung und zumindest entsprechende Anwendung des § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB wird auch von der Rechtsprechung²⁾ überwiegend bejaht. Ebenso hat sich ein Teil der jüngeren Lehre³⁾ dieser Auffassung angeschlossen.

Bereits seit langem hat das RG⁴⁾ für § 988 BGB den Standpunkt vertreten, daß ein Erwerb immer dann unentgeltlich sei, wenn aufgrund Gesetz oder Rechtsgeschäft feststehe, daß eine Leistung von einer ausgleichenden Gegenleistung rechtlich nicht abhängе. Eine rechtliche Abhängigkeit sei aber weder positiv zu begründen noch negativ auszuschließen, wenn ein unwirksames Rechtsgeschäft zugrunde liegt. In diesem Falle könne der Erwerb, der von der Rechtsordnung auch nicht

-
- 1) So Heck, a.a.O., S. 433; Oertmann, Verfügungen ohne Rechtsgrund, a.a.O., S. 511; vgl. auch Boehmer, Gustav, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, II. Buch, 2. Abteilung, Tübingen 1952, S. 11 ff., der allerdings eine differenzierende Auffassung vertritt.
 - 2) RGZ 163, 348 ff., 357. Im Anschluß daran OGH JR 1949, 347; BGH NJW 1951, 643 und 1952, 778 f.; BGHZ 7, 209 ff.; 10, 350 ff., 357 und 32, 76 ff., 94. Ebenso BGHZ 37, 363 ff. und 47, 393, jedoch ohne zum Problem grundsätzlich Stellung zu nehmen.
 - 3) Insbesondere Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., § 147 IV, Fußn. 4, S. 914; RGR-Kommentar, a.a.O., § 816 BGB, Anm. 12; Achilles-Greifff-Brüggemann, BGB-Kommentar, 21. Auflage, Berlin 1958, § 816 BGB, Anm. 4; Grunsky, Wolfgang, Bereicherungsansprüche bei rechtgrundloser Verfügung eines Nichtberechtigten, JZ 1962, 207 ff.; Wilburg, Walter, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht, Kritik und Aufbau, Festschrift der Universität Graz 1934, S. 119 f.; Rothoef, a.a.O., AcP 163, 222, 245 f.; wohl auch Erman-SELLER, a.a.O., § 816 BGB, Anm. 3 a.
 - 4) RGZ 163, 348 ff., 356.

als endgültig anerkannt wird, in der dargelegten Bedeutung nicht als entgeltlich oder unentgeltlich bezeichnet werden¹⁾. Logischerweise schuf man daher neben dem im ursprünglichen Sinn entgeltlichen und unentgeltlichen Erwerb eine selbständige dritte Kategorie des rechtsgrundlosen, ungerechtfertigten Erwerbs. Diese Gruppe faßte das RG²⁾ mit dem unentgeltlichen Erwerb im eigentlichen Sinne zu dem Komplex des unentgeltlichen Erwerbs im "weiteren Sinne" zusammen und brachte demgegenüber die Fälle des entgeltlichen Erwerbs in Gegensatz.

Dieser Einteilung und Argumentation des RG ist der BGH³⁾ zunächst ohne weitere Stellungnahme für die mit § 816 BGB vergleichbare Bestimmung des § 988 BGB gefolgt. Erst im sogenannten "Spielbankenfall"⁴⁾, bei dem es darum ging, daß ein Spieler bei einer Spielbank fremde, von ihm bei seinem Arbeitgeber veruntreute Gelder eingesetzt hatte, die der Arbeitgeber dann von der Spielbank zurückforderte, sah sich der BGH veranlaßt, seine Auffassung in Bezug auf § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB eingehender darzulegen. Als Berufungsinstanz hatte sich das OLG Frankfurt in diesem Fall den oben angeführten, vom Reichsgericht vertretenen Grundsätzen angeschlossen und den Begriff der unentgeltlichen Verfügung ähnlich weit gefaßt. Auch der BGH ließ sich in seiner Revisionsentscheidung von diesem weiten Unentgeltlichkeitsbegriff leiten, wie der Formulierung zu entnehmen ist, daß "die Gewinnchance ihres Wertes durch die Nichtigkeit des Spielvertrages beraubt"⁵⁾ war. Allerdings wich der BGH dem Problem dadurch aus, daß

1) So auch Liebisch, a.a.O., S. 51.

2) RGZ 163, 348 ff., 356.

3) Die in NJW 1952, 778 f. abgedruckte Entscheidung beruft sich lediglich auf RGZ 163, 348 ff. Auch BGHZ 10, 350 ff., 357 und BGHZ 32, 76 ff., 94 beziehen sich ohne nähere Begründung auf eine "Gleichstellung" des rechtsgrundlosen mit dem unentgeltlichen Besitzerwerb.

4) BGHZ 37, 363 ff. = JZ 1963, 285. Dazu unten S. 96.

5) BGHZ 37, 363 ff.

er die Unentgeltlichkeit von dem weiteren Merkmal abhängig machte, daß ein Spieler nichts gewonnen hatte. Er ging dabei von der recht zweifelhaften Erwägung aus, daß der Spieler das veruntreute Geld nur dann unentgeltlich an die Spielbank verfüge, wenn dieser sich in seinen Gewinnerwartungen getäuscht sah und die Bank auf diese Weise "keine Gegenleistung von wirtschaftlichem Wert"¹⁾ erbringen mußte.

2. Enge Fassung des Unentgeltlichkeitsbegriffs

Die von der älteren Lehre und Rechtsprechung vertretene Auffassung von der Gleichstellung der rechtsgrundlosen mit der unentgeltlichen Verfügung wird im neueren Schrifttum überwiegend²⁾ und zu Recht abgelehnt.

Der auf ein argumentum a maiore ad minus gestützte Analogieschluß der älteren Lehre³⁾ vermag nur bei oberflächlicher Betrachtung zu überzeugen, entspricht aber nicht den Leistungsbeziehungen und den Interessen der Beteiligten. Schließlich ist der Empfänger durch eine Leistung des nichtberechtigten Verfügenden Eigentümer geworden. Liegt diesem Leistungsverhältnis nun keine causa zugrunde, erscheint die Rückabwicklung

1) Zur Kritik vgl. oben S. 89.

2) Grundlegend v. Caemmerer, Festschrift für Boehmer, a.a.O., S. 145 ff., 153 ff.; Boehmer, a.a.O., S. 19 ff.; vgl. auch Ennedéerus-Lehmann, a.a.O., § 222 III 2 c, 225 I 2, S. 884 f., 900 f.; Staudinger-Seufert, a.a.O., § 816 BGB Rdnr. 8; Staudinger-Berg, a.a.O., § 987 BGB Rdnr. 10, § 988 Rdnr. 2; Erman-Hefermehl, a.a.O., § 988 BGB Anm. 4; Soergel-Siebert-Mühl, a.a.O., § 816 BGB Rdnr. 17; Esser, Schuldrecht II, a.a.O., § 104 II 3 b, S. 372 f.; Larenz, Schuldrecht II, a.a.O., § 69 IV, S. 431 f.; derselbe, Methodenlehre, a.a.O., S. 254 f.; Wiethölter, a.a.O., JZ 1963, 286; Schlosser, a.a.O., JuS 1963, 141; Emmerich, Volker, Das Verhältnis der Nebenfolgen der Vindikation zu anderen Ansprüchen, Diss. Saarbrücken 1966, S. 90 ff., 94; Kötter, a.a.O., AcP 153, 210 ff.; Scheyhing, a.a.O., AcP 157, 384 f.; Berg, a.a.O., NJW 1962, 102. Vgl. früher schon Haymann, Franz, Zuwendung aus fremdem Vermögen, Jher Jb 77, 243 ff.; Krawielicki, Bereicherungsrecht, a.a.O., S. 277 ff.; Karpus, a.a.O., S. 70.

3) Dazu oben S. 96.

der rechtsgrundlosen Verfügung zwischen Verfügendem und Empfänger, nicht jedoch zwischen bisherigem Eigentümer und Empfänger angebracht¹⁾. Gegen die analoge Anwendung des § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB spricht dabei vor allem der Umstand, daß der Erwerber zwar die Leistung ohne Rechtsgrund erlangt, eine Gegenleistung meist aber bereits erbracht hat. Handelt es sich z.B. um einen unwirksamen Kaufvertrag, so kann bei der Rückabwicklung des Rechtsgeschäfts dem Erwerber ein berechtigtes Interesse nicht abgesprochen werden, Bereicherungsansprüchen seine eigene Forderung auf Kaufpreiserückzahlung entgegenzuhalten²⁾. Hinsichtlich der von ihm erbrachten Leistung würde der Käufer dem Direktanspruch des bisherigen Eigentümers sonst schutzlos gegenüberstehen³⁾. So kann er sich aber gemäß §§ 404, 273 BGB

-
- 1) Vergleichbar ist das Problem, wem bei einem Doppelmangel im dreiseitigen Leistungsverhältnis der Kondiktionsanspruch zusteht. Die neuere Auffassung betont auch hier den Vorrang des Leistungsverhältnisses und lehnt in der Regel einen Durchgriffsanspruch ab (Fikentscher, a.a.O., § 99 II 1 b, S. 571; Medicus, a.a.O., § 27 II 2, S. 277; Lorenz, Werner, Zur Frage des bereicherungsrechtlichen "Durchgriffs" in Fällen des Doppelmangels, JZ 1968, 51 ff.; Westermann, Harm Peter, Doppelmangel bei Bereicherungskette und Dreiecksverhältnis - BGHZ 48, 70, JuS 1968, 17 ff.; Mühl, Otto, Zur Frage des Durchgriffs beim Doppelmangel im Bereicherungsrecht, NJW 1968, 1868 f.; Canaris, Claus-Wilhelm, Anmerkung zu BGH NJW 1972, 1196. Ebenso jetzt auch Larenz, Schuldrecht II, a.a.O., § 68 III b, S. 412 f. und Esser, Schuldrecht II, a.a.O., § 102 I 3, S. 347 f. Vgl. auch BGHZ 48, 70; 50, 227.
 - 2) Die durch das Gegenleistungsrisiko bedingte Schutzbedürftigkeit wird zutreffend hervorgehoben von Boehmer, a.a.O., S. 10 f.; v. Caemmerer, Festschrift für Lewald, a.a.O., S. 454 f.; derselbe, Festschrift für Rabel, a.a.O., S. 349, 380 f.; Esser, Schuldrecht II, a.a.O., § 104 II 3 b, S. 373 f.; Larenz, Schuldrecht II, a.a.O., § 69 IV c, S. 431 f.; Schlosser, a.a.O., JuS 1963, 144.
 - 3) Nach wohl herrschender Meinung wird der Käufer seine Kaufpreiszahlung an den Nichtberechtigten gegenüber dem früheren Rechtsinhaber nicht als Wegfall der Bereicherung geltend machen können (vgl. BGHZ 14, 7 ff.; Medicus, a.a.O., § 16 IV, S. 154; Strutz, Eberhard, Die Abzugsfähigkeit von Aufwendungen für den Erwerb der Sache im Rahmen des § 818 Abs. 3 BGB, NJW 1968, 141 ff.).

auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen seiner Kaufpreiszahlung berufen. Etwas anderes könnte sich höchstens ergeben, wenn der Erwerber überhaupt kein Entgelt geleistet hat, da dann der Vorteil einzig und allein bei ihm liegen würde. In diesem Fall erscheint er nicht schutzwürdiger als derjenige, der von einem Nichtberechtigten einen Gegenstand schenkweise übereignet erhalten hat. Aber auch hier ist es dogmatisch richtiger, das Rechtsgeschäft zwischen den unmittelbar Beteiligten abzuwickeln, als dem bisherigen Rechtsinhaber einen Durchgriffsanspruch gegen den Erwerber zuzubilligen¹⁾. Die gegenteilige Ansicht würde sonst zu dem Ergebnis führen, daß der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten letztlich nicht ernst genommen, sondern wie Wiethölter²⁾ treffend betont, einen "Rechtserwerb zweiter Güte" darstellen würde.

Ebensowenig vermag auch die von der Rechtsprechung vertretene Auffassung³⁾ zu überzeugen. Der Begriff der Rechtsgrundlosigkeit kann nicht mit der Unentgeltlichkeit "im engeren Sinne" zu dem übergeordneten Begriff der Unentgeltlichkeit "im weiteren Sinne" verbunden werden. Esser kritisiert dies mit Recht als einen "sehr angreifbaren Trick, der die Korrektur des Gesetzes durch Gleichstellung verschiedener Interessenlagen erschleicht."⁴⁾ Wie gegenüber der älteren Lehre schlägt auch hier das Argument durch, daß der Erwerber in der Mehrzahl der Fälle auf die empfangenen Leistungen Aufwendungen getätigt hat und insoweit schutzwürdig ist. In Anbetracht dieser Interessenlage sollte die bereicherungsrechtliche

1) So richtig Staudinger-Seufert, a.a.O., § 816 BGB, Rdnr. 8 b; Esser, Schuldrecht II, a.a.O., § 104 II 3 b; S. 374; a.A. Grunsky, a.a.O., JZ 1962, 207 ff.

2) A.a.O., JZ 1963, 286 ff., 288.

3) Hierzu oben S. 90 f.

4) Esser, Schuldrecht II, a.a.O., § 104 II 3 b, S. 374; vgl. auch v. Caemmerer, Festschrift für Boehmer, a.a.O., S. 155.

Rückabwicklung auch im Rahmen des zugrunde liegenden Leistungsverhältnisses zwischen Nichtberechtigten und Erwerber durchgeführt werden. Die Auffassung, wonach die rechtsgrundlose Verfügung mit der unentgeltlichen gleichzustellen sei, hängt eng mit der Ansicht zusammen, daß die Bereicherungsvorschriften durch die Bestimmungen über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis ausgeschlossen seien¹⁾. Dieses Ausschließlichkeitsprinzip wird aber von der heute wohl im Schrifttum überwiegenden Ansicht²⁾ zu Recht abgelehnt. Der von der Rechtsprechung aufgestellte Grundsatz läßt sich weder aus dem Wortlaut noch der Systematik der betreffenden Bestimmungen herleiten. Bereicherungsansprüche, die sich auf den Verbrauch der Sache oder den Veräußerungserlös beziehen, können durch die §§ 987 ff. BGB nicht ausgeschlossen werden³⁾. Es wird sogar die Auffassung vertreten, daß der Leistungskondition gegenüber der Vindikation der Vorrang einzuräumen sei, zumindest aber, daß beide Normenkomplexe nebeneinander bestehen können⁴⁾. Gegen die Auffassung der Rechtsprechung ist weiter anzuführen, daß die Unterschiedlichkeit der Interessenlagen, die den hier maßgeblichen §§ 988 und 816 BGB zugrundeliegen, nicht genügende Beachtung gefunden hat. Schließlich konnte sich die Rechtsprechung im Rahmen des § 988 BGB zu ihrer Lösung nur unter dem Druck "gewisser Lücken"⁵⁾ der gesetzlichen Regelung entschließen, die aber für den Fall von Verfügungen Nichtberechtigter nicht dargelegt sind. Abgesehen davon, daß der Gesetzgeber schon dem Wortlaut der §§ 812, 816 und 822 BGB nach die Begriffe "ohne rechtlichen Grund" und "unentgeltlich" nicht gleichgestellt wissen wollte, ist als weiteres Argument gegen die von der

1) In ständiger Rechtsprechung hat das RG die §§ 987 ff. BGB als Sonderregelung gegenüber den Bereicherungsansprüchen angesehen. Vgl. insbesondere RGZ 163, 348 ff., 352 ff., RGZ 165, 84 ff., 89. Näher hierzu unten S. 168 ff.

2) Vgl. für viele Staudinger-Berg, a.a.O., § 987 Rdnr. 10; Soergel-Siebert-Mühl, a.a.O., Rdnr. 15 ff. vor §§ 987-993 BGB.

3) Dazu BGHZ 14, 7 f.

4) So schon v. Caemmerer, Festschrift für Boehmer, a.a.O., S. 154, Fußn. 42, Eine ausführliche Begründung findet sich bei Koebl, a.a.O., S. 250 ff.

5) RGZ 148, 353.

Rechtsprechung vertretene weite Fassung des Unentgeltlichkeitsbegriffs anzuführen, daß die rechtsgrundlose Verfügung lediglich zur Rückabwicklung des der causa nach entgeltlichen Rechtsgeschäfts führt. An der Tatsache, daß ein entgeltliches Geschäft, das unwirksam ist, hierdurch deshalb noch nicht zu einem unentgeltlichen wird, sondern ein entgeltliches bleibt, kommt man jedenfalls nicht vorbei. Wie oben dargelegt¹⁾, verlangt Unentgeltlichkeit das Vorliegen objektiver und subjektiver Kriterien. An dieser Voraussetzung scheitert aber die von der Rechtsprechung aufgestellte Begriffsbestimmung. Denn die dem jeweiligen Rechtsgeschäft zugrundeliegende causa wird von den Vertragspartnern vereinbart; ihr Wille ist hierbei maßgebliches Kriterium. Daher kann sich auch ein Kaufvertrag wegen der fehlenden causa nicht subjektiv in ein als unentgeltlich anzusehendes Rechtsgeschäft, beispielsweise eine Schenkung, verwandeln. Aus der Causallosigkeit kann auch nicht der Schluß gezogen werden, daß der Wille der Parteien, der sich auf die Entgeltlichkeit der Leistungen gerichtet hatte, weggefallen ist²⁾. Da ein ursprünglich entgeltliches Geschäft auch in der Rückabwicklung ein entgeltliches bleibt, kann es den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung auch nicht "eigentümlich" sein, "daß die subjektive Seite des Rechtsgeschäfts fehlt"³⁾.

In diesem Zusammenhang muß die oben erwähnte Entscheidung des BGH⁴⁾ zum sog. "Spielbankenfall" auch in einem anderen Punkt einer Kritik unterzogen werden. Die Auffassung, daß die Unentgeltlichkeit eines mit einem Spielcasino abgeschlossenen, unwirksamen Vertrags vom Gewinn oder Verlust des Spielers

1) S.85.

2) Auf das subjektive Kriterium der Unentgeltlichkeit stellen ebenfalls v. Caemmerer, Festschrift für Boehmer, a.a.O., S. 154 und Boehmer, Grundlagen II 2, a.a.O., S. 10 ff. ab. Zweifelnd Koehl, a.a.O., S. 228 unter Bezugnahme auf Rothoef, a.a.O., AcP 163, 222 ff., 241 f.; vgl. dazu aber oben S. 85 Fußn. 2.

3) So aber Höring, a.a.O., S. 78. Wie hier Emmerich, a.a.O., S. 94 f.

4) BGHZ 37, 363 ff.; siehe oben S.91.

abhängen soll, kann nicht zutreffen. Die Gegenleistung der Spielbank ist in dem eingegangenen Risikoeinsatz zu sehen. Selbst wenn der Spieler verliert, liegt in seiner Gewinnchance das Entgelt für seinen Geldeinsatz. Würde man dies anders beurteilen, könnte eine Spielbank nie einen Gewinn erzielen, worauf sie ja ausgerichtet ist, ohne daß die zugrundeliegenden Spielverträge jeweils als unentgeltlich zu taxieren wären. Wäre die Auffassung des BGH richtig, müßte dem früheren Eigentümer ein Kondiktionsanspruch gegen den gutgläubigen Erwerber auch im Fall der Wirksamkeit des Spielvertrages zustehen. In gleicher Weise wie bei einem unwirksamen Spielvertrag hätten sich auch hier die Gewinnerwartungen des Spielers nicht realisiert. Festzuhalten ist daher, daß alle Risikogeschäfte, bei denen der Zufall für Gewinn und Verlust die maßgebliche Rolle spielt, auch dann als entgeltlich zu beurteilen sind, wenn für den einen Vertragspartner "der ihn benachteiligende Risikoumstand nicht eingetreten ist"¹⁾. Gesteht man dies zu, dann kann im Fall der Unwirksamkeit eines solchen Risikogeschäftes nicht auf einmal das Gegenteil gelten. Aufgrund des von beiden Seiten bewußt eingegangenen Risikos verbleibt es bei dem Austauschcharakter und damit bei der Entgeltlichkeit des - wenn auch unwirksamen - Rechtsgeschäfts.

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, daß eine Gleichstellung von unentgeltlichem und rechtsgrundlosem Erwerb im Rahmen des § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht in Frage kommt. Der frühere Eigentümer muß sich bei einer causallosen Verfügung an den nichtberechtigten Verfügenden halten. Von ihm kann er dessen

1) Zutreffend Schlosser, a.a.O., S. 143 ff. (145). Ebenso Wietölter, a.a.O., S. 288; früher auch Larenz, Schuldrecht II, 9. Auflage, München 1968, § 62 II 3, S. 381, Fußn. 2. Anderer Auffassung Rothoeft, a.a.O., S. 217 ff., offenlassend Esser, Schuldrecht II, a.a.O., § 104 II 3 a, S. 373. Anscheinend hält auch der BGH an seiner obigen Auffassung nicht mehr fest. In BGHZ 47, 393 ff. vertritt er die Ansicht, daß "bei gültigem Spielvertrag die Verfügung (des Spielers) wegen der ihm durch den Spielvertrag eingeräumten Gewinnchance nicht als unentgeltlich gewertet werden kann."

Bereicherung, d.h. den Bereicherungsanspruch gegen den Verfügungsempfänger, herausverlangen. Hat er sich diesen Anspruch abtreten lassen, kann er gegen den Empfänger vorgehen, wobei er sich jedoch gemäß § 404 BGB alle Einreden des Empfängers gegenüber dem Verfügenden, vor allem ein Zurückbehaltungsrecht wegen der erbrachten Kaufpreiszahlung, entgegenhalten lassen muß.

3. Die unentgeltliche, rechtsgrundlose Verfügung

Kombiniert man die Merkmale Rechtsgrund und Rechtsgrundlosigkeit sowie Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit eines Grundgeschäfts, so sind folgende vier Variationen dieser Merkmale denkbar:

Rechtsgrund und Entgeltlichkeit

Rechtsgrund und Unentgeltlichkeit

Rechtsgrundlosigkeit und Entgeltlichkeit

Rechtsgrundlosigkeit und Unentgeltlichkeit.

Während die erste Gruppe keine Probleme bietet, läßt sich die zweite § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB zuordnen. Die dritte Kombination betrifft die oben dargestellte Problematik des "weiten" Unentgeltlichkeitsbegriffs¹⁾. Unser Interesse gilt dem im Schrifttum kaum behandelten Fall, daß zur Rechtsgrundlosigkeit des Grundgeschäfts noch dessen Unentgeltlichkeit kommt. Wiethölter²⁾ vertritt dazu die Auffassung, daß hier § 816 Abs. 1 Satz 2 als Anspruchsgrundlage heranzuziehen sei, da nunmehr tatsächlich eine unentgeltliche Verfügung vorliegt. Gegen diese Argumentation spricht jedoch wiederum der Vorrang des Leistungsverhältnisses³⁾, d.h. die Rückabwicklung hat zwischen den einzelnen Vertragspartnern zu erfolgen. Im übrigen würde dem Berechtigten sonst neben dem

1) S. 89 ff.

2) A.a.O., JZ 1963, 286 ff., 289.

3) Vgl. zum Problem des Doppelmangels bei einer Leistung im Dreiecksverhältnis oben S. 93.

Anspruch gegen den Erwerber aus § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB ein zusätzlicher gegen den Verfügenden aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB zustehen. Der frühere Eigentümer hat nämlich die Möglichkeit, sich an den Verfügenden zu halten, da dieser im Falle der Nichtigkeit des unentgeltlichen Grundgeschäfts einen Kondiktionsanspruch nach § 812 BGB erworben hat, dessen Abtretung der Berechtigte von ihm gemäß § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB verlangen kann¹⁾.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß bei einer rechtsgrundlosen und unentgeltlichen Verfügung eine Gleichstellung von rechtsgrundloser und unentgeltlicher Verfügung ebenfalls nicht vertretbar ist. Den Interessen der Vertragsparteien würde durch die Anwendung des § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB sonst nur in unzureichendem Maße Rechnung getragen.

1) Zutreffend Esser, Schuldrecht II, a.a.O., § 104 II 3 a, S. 373.

Zweites Kapitel: Der Begriff der Unentgeltlichkeit in § 822 BGB

I. Die eingeschränkte Rechtsverbindlichkeit der unentgeltlichen Zuwendung im Rahmen des § 822 BGB

Dem Sinn und Zweck nach ist die Bestimmung des § 822 BGB ähnlich wie die des § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB gefaßt. Für beide Normen ist Voraussetzung, daß ein unentgeltliches Rechtsgeschäft zugrundeliegt, aufgrund dessen ein Dritter auf Kosten des früheren Rechtsinhabers etwas erwirbt. Der wesentliche Unterschied zwischen beiden Vorschriften liegt darin, daß § 822 BGB gegen den Dritten nur einen subsidiären Anspruch eröffnet, während die Kondiktion aufgrund § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB gegen den Erwerber primär durchgreift. Trotzdem werden die beiden Bestimmungen oft nicht genau genug auseinander gehalten. Im Fall des § 822 BGB verfügt der Ersterwerber unentgeltlich weiter an einen Dritten. Letzterer kann daher unmittelbar nurmehr auf Kosten des Verfügenden bereichert sein, nicht aber auf Kosten des bisherigen Rechtsinhabers, da hier die Verfügung des Ersterwerbers dazwischengeschaltet ist. Insoweit ist durch § 822 BGB der grundsätzliche Vorrang des Leistungsverhältnisses durchbrochen¹⁾. Im Gegensatz zu § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB geht die unentgeltliche Zuwendung bei § 822 BGB von einem Berechtigten aus. Der Ersterwerber hatte den Gegenstand zwar ohne Rechtsgrund vom früher Berechtigten erhalten, aber er nahm die Weiterverfügung nicht als Nichtberechtigter vor, da ihm der Gegenstand ja gehörte. Die rechtliche Konsequenz hieraus ist, daß sich der bisherige Eigentümer zunächst primär an den Ersterwerber zu halten hat²⁾,

1) Hierzu oben S. 92.

2) Dieser Bereicherungsanspruch kann je nach Sachlage auf § 816 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 oder auch Abs. 2 BGB gestützt sein. Es ist sogar möglich, daß der "Voranspruch" auf § 822 BGB gegründet ist, wenn nämlich der Zweiterwerber das Empfangene einem nächsten Erwerber zuwendet (Erman-Seiler, a.a.O., § 822 BGB, Anm. 2).

da dieser auf seine Kosten bereichert ist. Erst wenn die Bereicherung durch die Weiterverfügung des Ersterwerbers weggefallen (§ 818 Abs. 3 BGB) und die Haftung auch nicht über §§ 818 Abs. 4, 819 BGB ohne Rücksicht auf die Fortdauer der Bereicherung besteht ¹⁾, greift der subsidiäre Kondiktionsanspruch des § 822 BGB gegen den Nächsterwerber durch.

Kennzeichnend für § 822 BGB ist, daß sich der obligatorische Bereicherungsanspruch gegen einen Dritterwerber richtet. Der Grund dafür muß darin gesehen werden, daß der Gläubiger leicht seinen primären Kondiktionsanspruch verlieren kann, wenn der Schuldner gutgläubig handelt und durch die Weggabe der Bereicherung seiner Verpflichtung enthoben wird. In diesen Fällen gibt das Gesetz einen Anspruch gegen den Drittempfänger nur unter der Voraussetzung, daß der Besitzerwerb unentgeltlicher Natur war. Zweck dieser Regelung soll sein, Freigebigkeit auf Kosten Dritter zu verhindern, ein Rechtsgedanke, der in zahlreichen Gesetzesbestimmungen wiederkehrt ²⁾. Daran ändert nichts, daß der Dritte den Erwerb vom formell Berechtigten wirksam und mit Rechtsgrund erlangt hat. Wenn der Rechtsgrund der Schenkung in diesem Fall keine Anerkennung findet, so ist dies damit zu erklären, daß die Interessen des früheren Berechtigten stärker geschützt werden sollen. Nur wenn sich der Erwerb auf entgeltlicher Basis vollzogen hat, findet der Bereicherungsausgleich nicht statt. Denn lediglich das Merkmal der Entgeltlichkeit rechtfertigt den Schutz des Erwerbers vor dem des früher Berechtigten.

-
- 1) Gegen die Konsequenz, daß der unentgeltliche Erwerb vom Empfänger nicht kondiziert werden kann, wenn der Vormann berechtigt, aber unredlich war, äußert Medicus, a.a.O., § 16 III 2, S. 152, Bedenken.
- 2) Vgl. §§ 816 Abs. 1 Satz 2, 2113 Abs. 2, 2205 Satz 3, 2207 Satz 2, 2287, 2329 BGB; 3 Nr. 3 und 4, 7 Abs. 2 AnfG; 32, 37 Abs. 2 KO. Siehe hierzu auch Rothoefl, a.a.O., AcP 163, 215 f.

II. Der Unentgeltlichkeitsbegriff

1. Bestimmungskriterien

§ 822 BGB setzt tatbestandsmäßig eine unentgeltliche Zuwendung voraus. Hinsichtlich des Zuwendungsbegriffs kann auf die bisher gemachten Ausführungen¹⁾ verwiesen werden.

Zum Begriff der Unentgeltlichkeit finden sich im Rahmen des § 822 BGB kaum Stellungnahmen. Meist wird der bei § 816 BGB herausgearbeitete Begriff übernommen. Gegen eine derartige Anlehnung der Begriffe bestehen grundsätzlich keine Bedenken. Schließlich verdient der lediglich obligatorisch berechnigte Kondiktionsgläubiger keinen größeren Schutz als der dinglich Berechnigte. Andererseits kann der vom Berechnigten Erwerbende keine schwächere Position innehaben als der vom Nichtberechnigten Erwerbende. Aus einer Einschränkung der Dritthaftung, daß der unentgeltliche Erwerber im Fall des § 822 BGB nur sekundär haftet, läßt sich nichts Gegenteiliges schließen. Der Gesetzgeber will mit diesem Bereicherungsanspruch den Berechnigten nur davor schützen, daß er seinen Kondiktionsanspruch nicht wegen des Bereicherungswegfalls gemäß § 818 Abs. 3 BGB verliert.

Objektiv liegt eine unentgeltliche Zuwendung insoweit vor, als der Erwerber keine vollwertige Gegenleistung erbracht und somit einen Vorteil erlangt hat. Wie bei § 816 BGB gilt auch hier aufgrund des für § 822 BGB gleichlautenden Schutzzwecks, daß die Unentgeltlichkeit ausschließlich nach der Bereicherung des Erwerbers zu beurteilen ist. Verpflichtet jemand einen anderen durch entgeltliches Geschäft, einem Dritten das unentgeltlich zuzuwenden, was vom früheren Berechnigten erlangt worden war, so ist die Zuwendung vom Empfänger aus gesehen als entgeltlich zu beurteilen. Für den Dritten jedoch stellt sich die Zuwendung als unentgeltlich dar. Gegen diesen Dritten könnte sich der Kondiktionsanspruch nach § 822 BGB aber nur dann richten, wenn die Bereicherung des zunächst haftenden

1) S. 7 ff., 31.

Schuldners gemäß § 818 Abs. 3 BGB weggefallen ist. Daraus ist zu ersehen, daß es bei § 822 BGB nicht darauf ankommt, daß der Vorteil des Dritten zu Lasten des Empfängers gehen muß.

Wie oben¹⁾ hervorgehoben, beinhaltet der Begriff der Zuwendung nicht unbedingt ein subjektives Moment; auch ist in § 822 BGB nicht wie bei § 516 BGB eine Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung vorausgesetzt. In den meisten Fällen wird jedoch eine unentgeltliche Zuwendung ebenso wie eine Schenkung nur dann vorliegen, wenn die Bereicherung nach Vorstellung beider Parteien ohne entsprechende Gegenleistung erfolgt ist. Letztlich wird es jedoch immer auf die Art der unentgeltlichen Zuwendung ankommen.

2. Fälle der unentgeltlichen Zuwendung

Selbstverständlich stellt die Schenkung den Hauptfall der unentgeltlichen Zuwendung dar. Hinsichtlich der Abgrenzung der beiden Begriffe kann auf die bisherigen, grundsätzlichen Ausführungen²⁾ zurückgegriffen werden. Als weitere Beispiele einer unentgeltlichen Zuwendung lassen sich unverzinsliches Darlehen, fiduziarische Uebereignung und Vermächtnis anführen. Unter den Begriff der Zuwendung fällt im Rahmen des § 822 BGB auch die Gewährung einer Nutzungsmöglichkeit³⁾. Allerdings richtet sich wegen des subsidiären Charakters der in § 822 BGB bestimmten Haftung der Anspruch gegen den Dritten erst dann, wenn der Empfänger den Verlust der Nutzungen oder der Nutzungsmöglichkeit nicht zu verantworten hat und er aus diesem Grund auch nicht haftet.

1) S. 7 ff.

2) Siehe oben S. 7 ff.

3) Dazu Krawielicki, Unentgeltlichkeit im Bereicherungsrecht, a.a.O., Jher Jb 81, 369 ff. Vgl. auch oben S. 69 ff.

3. Die teilweise unentgeltliche Zuwendung

Hinsichtlich dieses Problemkomplexes kann im wesentlichen auf die Darlegungen zu § 516 BGB¹⁾ und § 816 BGB²⁾ verwiesen werden.

Für den Fall der Unteilbarkeit des Rechtsgeschäfts ist jedenfalls wesentlich, ob der entgeltliche oder unentgeltliche Teil der Zuwendung überwiegt. Liegt der letztere Fall vor, so hat der Dritte den Gegenstand gegen Rückerstattung der von ihm an den Erstempfänger erbrachten Gegenleistung herauszugeben. Im anderen Fall steht dem Bereicherungsgläubiger gegen den Drittempfänger ein Anspruch auf Wertersatz für den geschenkten Wertanteil zu.

4. Die rechtsgrundlose Zuwendung

Wendet der Erstempfänger das Erlangte ohne Rechtsgrund einem Dritten zu, so gilt hierfür, was zu § 816 BGB ausgeführt worden ist³⁾, d.h. es ist auf das zugrundeliegende, causa-lose Rechtsgeschäft abzustellen. Ist dieses entgeltlicher Natur, kann § 822 BGB auch nicht auf dem Wege der Gleichstellung von Rechtsgrundlosigkeit und Unentgeltlichkeit als Anspruchsgrundlage herangezogen werden, da sonst die Belange des Dritten, der meist im Verhältnis zum Zuwendenden bereits Aufwendungen erbracht hat, gefährdet wären. Einen gerechten Ausgleich schafft hier nur die jeweilige Kondition zwischen bisher Berechtigtem und Ersterwerber sowie Ersterwerber und Zweiterwerber. Schließlich besteht die Haftung des Ersterwerbers fort, solange er noch die Leistungskondition gegen den Zweiterwerber, der ohne Rechtsgrund die Sache erlangt hat, geltend machen und insoweit vom bisher Berechtigten auf die Abtretung seiner Forderung in Anspruch genommen werden kann⁴⁾.

1) Siehe oben S. 37 ff.

2) Siehe oben S. 87 ff.

3) Siehe oben S. 89 ff.

4) Ebenso Medicus, a.a.O., § 16 IV, S. 153 f. Richtig früher schon Krawielicki, Unentgeltlichkeit im Bereicherungsrecht, a.a.O., Jher Jb 81, 347 ff., 350, 356; Höring, a.a.O., S. 80.

Vierter Unterabschnitt: Die unentgeltliche Besitzerlangung
im Sinne des § 988 BGB

I. Die eingeschränkte Rechtsverbindlichkeit der unentgeltlichen Besitzerlangung; Stellung des § 988 BGB

1. Rechtsgedanke des § 988 BGB

Einer der Hauptsätze der §§ 987 ff. BGB liegt darin, daß den Sachbesitzer im Falle seines guten Glaubens vor Eintritt der Rechtshängigkeit keine Verpflichtung trifft, dem Eigentümer die gezogenen Nutzungen herauszugeben oder zu ersetzen. Die Bestimmung des § 988 BGB bildet hiervon eine wichtige Ausnahme. In Anlehnung an den in § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB verankerten Rechtsgedanken findet nämlich der gutgläubige Erwerber dann keinen obligatorischen Schutz, wenn der Erwerb unentgeltlicher Natur war. Selbst wenn er das Eigentum an den Sachfrüchten gutgläubig erlangen konnte¹⁾, ist er doch dem schuldrechtlichen Kondiktionsanspruch auf Herausgabe ausgesetzt²⁾. Der tiefere Grund für diese Ausnahmeregelung ist in einem nun schon mehrfach aufgetauchten, bereits fast als allgemein anzusehenden Rechtsgedanken zu suchen. Trotz einer an sich schutzwürdigen Rechtsposition verdient derjenige, der für seine Rechtsstellung keine Gegenleistung aus seinem eigenen Vermögen erbracht hat, zumindest nicht Schutz in vollem Umfang³⁾. In diesem Fall müssen die Interessen des unentgeltlichen Erwerbers trotz seines guten Glaubens hinter anderen Interessen nachstehen. Denn es erscheint nicht gerechtfertigt, daß ein unentgeltlicher Erwerber die Vorteile, für die er keine Gegenleistung erbracht hat, behalten darf, wenn sich der Erwerb auf Kosten eines früher Berechtigten vollzog, dem diese Vorteile eigentlich zustehen würden.

1) §§ 955, 957 BGB.

2) Ist der Besitzer gar nicht Eigentümer geworden, kommt als Anspruchsgrundlage § 985 BGB zum Zuge.

3) Zutreffend Batsch, a.a.O., S. 6. Vgl. auch Medicus, a.a.O., § 16 III, S. 151 f.

2. Systematische Einordnung

Das Problem der systematischen Einordnung des § 988 BGB wird von Literatur und Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet. Nach Auffassung einer Reihe von Autoren¹⁾ enthält die Bestimmung einen Bereicherungsanspruch. Als Begründung hierfür wird insbesondere angegeben, daß § 988 BGB eine ausdrückliche Verweisung auf das Bereicherungsrecht beinhaltet und darüber hinaus die Tatbestandsmerkmale des § 812 BGB unausgesprochen zur Voraussetzung hat²⁾.

Die herrschende Meinung³⁾ stellt sich dagegen auf den Standpunkt, daß § 988 BGB nur eine Rechtsfolgeverweisung enthält. Die §§ 812 ff. BGB sind nur für den Umfang des Anspruchs maßgeblich, nicht aber auch für seine Entstehung. Daher ist § 988 BGB dem Grunde nach keine Kondiktionsnorm; schon seiner Herkunft nach muß die Bestimmung neben dem Eigentumsherausgabeanspruch nach § 985 BGB als ein Anspruch aus dem Eigentum aufgefaßt werden. Der bisherige Eigentümer verliert zwar seinen Eigentumsanspruch auf Herausgabe der Sachfrüchte, wenn ein anderer den Besitz an der Sache un- rechtmäßig und unentgeltlich erlangt und an den von ihm ge- zogenen Früchten im Hinblick auf § 955 BGB Eigentum erwirbt. An die Stelle des entfallenen Eigentumsherausgabeanspruchs tritt jedoch gleichsam als Ersatz der obligatorische Heraus- gabeanspruch gemäß § 988 BGB.

1) V. Caemmerer, Festschrift für Rabel, a.a.O., S. 369; Dimopoulos-Vosikis, Die bereicherungs- und deliktsrechtlichen Elemente der §§ 987-1003 BGB, Köln, Berlin, München, S. 179 ff.; wohl auch Siebert, Wolfgang, Die Verpflichtung des Käufers zur Herausgabe von Nutzungen bei nichtigem Kaufvertrag, DGWR 1940, 240 f.; Jakobs, Horst Heinrich, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Diss. Bonn 1964, S. 20, Fußn. 24, spricht sogar von einem "typischen Fall der Eingriffskondition."

2) So Dimopoulos-Vosikis, a.a.O., S. 186.

3) Statt vieler Soergel-Siebert-Mühl, a.a.O., Rdnr. 2 ff vor §§ 987 ff. BGB; Staudinger-Berg, Rdnr. 1 und 3 vor §§ 987 ff. BGB; vgl. auch RGZ 139, 17, 22; Erman-Hefermehl, Anm. 2 vor §§ 987 ff. BGB; Westermann, Harry, Sachenrecht, 5. Auflage, Karlsruhe 1966, § 32 III, S. 151; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Auflage, Tübingen 1957, § 85 II 3, S. 332; Planck, a.a.O., Anm. 2 vor §§ 987, 993 BGB; Esser, Schuldrecht II, a.a.O., § 105 IV 1 b, S. 388 f.; Wilburg, a.a.O., S. 29 f.

Keine der beiden Auffassungen vermag voll zu befriedigen. Es ist das Verdienst von Batsch¹⁾, darauf hingewiesen zu haben, daß innerhalb des § 988 BGB zwei Fälle zu unterscheiden sind. Im einen Fall nutzt der Besitzer gutgläubig eine ihm von einem Dritten unentgeltlich übereignete, dem Eigentümer abhandengekommene Sache, im anderen zieht er gutgläubig die Nutzungen aus einer dem Eigentümer gehörenden Sache, deren Besitz er sich schuldlos, aber ohne hierzu berechtigt zu sein, unmittelbar vom Eigentümer verschafft hat. Jedesmal steht dem Eigentümer gegenüber dem Besitzer der Anspruch gemäß § 988 BGB zu. Im zweiten Fall kommt aber noch die Besonderheit hinzu, daß sich der Anspruch neben § 988 BGB noch auf den Kondiktionsanspruch gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1, 2. Alternative BGB gründet, nachdem der Übergang des Besitzes und die damit verbundene Möglichkeit der Sachnutzung direkt aus dem Eigentümervermögen erfolgte. Die sich hierbei erhebende Frage der Anspruchskonkurrenz wird nachfolgend zu behandeln sein. Der Tatbestand der Bereicherung "in sonstiger Weise" ist jedoch nicht erfüllt, wenn die Nutzungen des Besitzers aus einer dem Eigentümer abhandengekommenen Sache stammen, und der Besitzer die Sache aufgrund einer unentgeltlichen Zuwendung eines Dritten erlangt hat. Wegen dieses zwischengeschalteten unentgeltlichen Rechtsgeschäfts fehlt es an dem in § 812 BGB vorausgesetzten Merkmal der unmittelbaren Vermögensverschiebung²⁾. Nachdem § 988 BGB insoweit eine von § 812 BGB unabhängige und selbständige Anspruchsgrundlage beinhaltet, steht auch fest, daß § 988 BGB tatbestandmäßig nicht an die Voraussetzungen des § 812 BGB gebunden sein muß.

1) A.a.O., S. 7 f.

2) Zutreffend Batsch, a.a.O., S. 7 f.

3. Verhältnis von § 988 BGB zu §§ 812 ff. BGB.

Ein altes und bis heute noch umstrittenes Problem ist die Frage, in welcher Weise die §§ 987 ff. BGB und damit auch § 988 BGB mit dem allgemeinen Kondiktionsrecht konkurrieren. Ist der in § 988 BGB normierte Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe der Nutzungen abschließend festgelegt oder kommt den §§ 812 ff. BGB daneben noch Geltung zu? Diese Frage soll hier nur skizziert werden, da dazu bereits eingehende Analysen vorliegen¹⁾. Nach einigen unterschiedlichen Urteilen²⁾ hat sich in der Rechtsprechung der Standpunkt durchgesetzt, daß die §§ 812 ff. BGB durch die §§ 987 ff. BGB grundsätzlich ausgeschlossen werden³⁾. Dem hat sich ein Teil des Schrifttums angeschlossen, wobei sich zu diesem Problem allerdings auch verschiedenartige und differenzierte Ansichten und Unterscheidungen gebildet haben⁴⁾. Im Hinblick auf das hier interessierende Konkurrenzverhältnis von § 988 BGB zu den §§ 812 ff. BGB ist vor allem einer in der Literatur vertretenen

-
- 1) Grundlegend dazu vor allem Koebl, a.a.O., S. 200 ff.; eingehend auch Dimopoulos-Vosikis, a.a.O., S. 67 ff.; Münich, Dieter, Untersuchungen zum Verhältnis des Vindikationsanspruchs zu den übrigen Herausgabeansprüchen des bürgerlichen Rechts, Diss. München 1964, S. 14 ff.; Emmerich, a.a.O., S. 42 ff., 88 ff.; vgl. auch Soergel-Siebert-Mühl, a.a.O., Rdnr. 14 vor §§ 987 - 993 BGB.
 - 2) Vgl. RGZ 129, 307 ff. und die dort angeführten Entscheidungen; vgl. auch RGZ 133, 283, 286.
 - 3) So BGHZ 41, 157 ff.; 29, 158, 162; JZ 1951, 716 ff.; JZ 1952, 527 ff. Ausführlich früher schon RGZ 163, 348 ff., 352. Ebenso RG JW 1912, 690 Nr. 16; RGZ 105, 84; 137, 206 ff., 210.
 - 4) Endemann, Friedrich, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Band, 8. Auflage, Berlin 1903, § 198, 2, S. 1237 und Eichler, Hermann, Institutionen des Sachenrechts, II. Band, 1. Halbband, Berlin 1957, S. 197 f. bestreiten die Konkurrenzfähigkeit des Kondiktionsrechts mit den §§ 987 ff. BGB bereits auf der Tatbestandsebene. Vgl. im Übrigen den eingehenden Überblick bei Dimopoulos-Vosikis, a.a.O., S. 84 ff. und Koebl, a.a.O., S. 200 ff., 244 ff.

Auffassung¹⁾ Beachtung zu schenken, wonach der Kondiktionsanspruch des Eigentümers aus § 812 Abs. 1 Satz 1, 2. Alternative BGB für den Fall der unbefugten Nutzziehung seitens des gutgläubigen Sachbesitzers durch die Sonderregelung der §§ 987 ff. BGB und damit durch § 988 BGB zwingend ausgeschlossen sein soll.

Gegen diese Ansicht sowie die Auffassung der Rechtsprechung ist anzuführen, daß die propagierte Ausschlußwirkung der §§ 987 ff. BGB bereits durch weitgehende Ausnahmen durchlöchert ist²⁾. Die Ausschließlichkeit der Sonderregelung findet auch keine Stütze im Gesetz. Denn die in diesem Zusammenhang maßgebliche Bestimmung des § 993 Abs. 1 2. Halbsatz BGB nimmt nur auf die Vorschriften über das Eigentümer - Besitzer - Verhältnis Bezug. Ein anderer Sinn läßt sich weder dem Wortlaut noch der systematischen Stellung des § 993 BGB entnehmen. Wenn dieser Norm eine Ausschließlichkeitsfunktion zukommt, dann nur hinsichtlich der übrigen Bestimmungen der §§ 987 ff. BGB.

Zu beachten ist ferner, daß die §§ 987 ff. BGB und somit auch § 988 BGB zu den obligatorischen Ansprüchen zu rechnen sind. Für diese ist die Konkurrenz der einzelnen Ansprüche typisch; sie sind aber nicht dadurch gekennzeichnet, daß sie sich gegenseitig ausschließen. Im übrigen erkennt auch die Rechtsprechung und ein Großteil der Literatur an³⁾, daß § 812 BGB seinen Vor-

1) Eingehend dazu v. Lübtow, a.a.O., AcP 150, 252 ff., 255; Esser, Schuldrecht II, a.a.O., § 105 IV 1 b, S. 388 f.; Staudinger-Berg, a.a.O., Rdnr. 6 vor §§ 987 ff. BGB; Erman-Hefermehl, a.a.O., Rdnr. 16 vor §§ 987 ff. BGB.

2) Zur ergänzenden "Randberichtigung" vgl. Soergel-Siebert-Mühl, a.a.O., Rdnr. 17 vor §§ 987 ff. BGB; Heck, Philipp, Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930, § 68 Anm. 11, S. 287; Siebert, a.a.O., DGBR 1940, 241 ff., 243. Hinsichtlich des Fremdbesitzerexzesses vgl. RGZ 101, 307, 310 f.; 106, 149, 152; 157, 132, 135.

3) Vgl. die Zusammenstellung bei Batsch, a.a.O., S. 29, Fußn. 123 sowie BGHZ 36, 233.

aussetzungen und Wirkungen nach als einheitlicher Bereicherungstatbestand aufzufassen ist. Gerade im Hinblick auf die Schutzbedürftigkeit des Veräußerer-Vermögens muß das Kondiktionsrecht auch neben¹⁾, wenn nicht gar vorrangig²⁾ vor den §§ 987 ff. BGB angewendet werden können, wenn nur hierfür die gesetzlichen Merkmale verwirklicht sind.

II. Begriff der Unentgeltlichkeit

Entsprechend den bisherigen Untersuchungen kommt es für den Begriff der unentgeltlichen Zuwendung auch im Rahmen des § 988 BGB entscheidend darauf an, ob der Besitz ohne eine ausgleichende Leistung erlangt worden ist. Nach Sinn und Zweck der Bestimmung muß davon ausgegangen werden, daß die Unentgeltlichkeit nicht schon durch eine geringfügige Teilzahlung des Besitzers ausgeschlossen wird³⁾. Denn andernfalls könnten hierdurch die Ansprüche des Eigentümers auf Herausgabe der Nutzungen ohne Schwierigkeit umgangen werden. Statt die gezogenen Nutzungen an den Eigentümer herauszugeben, wäre der Besitzer auf dem Umweg einer nur geringfügigen Gegenleistung in der Lage, die Nutzungen ohne Rücksicht auf ihren weit höheren Wert zu behalten. Der Begriff der Unentgeltlichkeit ist daher wirtschaftlich dahingehend zu interpretieren, daß der Zuwendung keine

1) Dafür Fikentscher, a.a.O., § 100 II, S. 596 f.; Medicus, a.a.O., § 23 V 2 b, S. 238 ff.; Wolff-Raiser, a.a.O., § 85 II 6, S. 333; Westermann, a.a.O., § 31 III, S. 142 f.; Esser, Schuldrecht II, a.a.O., § 105 IV b, S. 388 f.

2) Diesen Standpunkt vertritt Koebl, a.a.O., S. 250 ff. für die Leistungskondition im Fall der Rückabwicklung von Veräußerungsverträgen. Ebenso Lent-Schwab, a.a.O., § 45 VIII, S. 189 ff. Vgl. hierzu auch oben S.92 ff.

3) So auch BGHZ 32, 76 ff.; 94; RGZ 163, 348 ff., 355 f.

äquivalente Gegenleistung gegenübersteht.

In diesem Zusammenhang stellt sich das Problem der teilweise unentgeltlichen Besitzerlangung. Im wesentlichen gelten hierfür die im Rahmen des § 516 BGB und § 816 BGB aufgestellten Grundsätze¹⁾, allerdings mit einigen Modifikationen. Maßgeblich ist hier nicht die Teilbarkeit des Gegenstandes, dessen Besitz unentgeltlich erlangt wurde, sondern, ob sich die Nutzungen aufteilen lassen oder nicht.

Im Falle ihrer Teilbarkeit hat der Besitzer die gezogenen Nutzungen entsprechend dem Wert des unentgeltlich erlangten Teils an den Eigentümer herauszugeben. Lassen sich die Nutzungen nicht nach einem vernünftigen Verhältnis von Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit aufteilen, muß auf das Verhältnis von Leistung des Zuwendenden und Gegenleistung des Besitzers zurückgegriffen werden. Ist der unentgeltliche Teil der Gegenleistung des Besitzers größer als der entgeltliche, so hat er dem Eigentümer die von ihm gezogene, unteilbare Nutzung ganz herauszugeben, wobei ihm aber entsprechend dem entgeltlichen Teil der Besitzerlangung ein Wertersatzanspruch zusteht. Überwiegt der unentgeltliche Teil nicht, kann der Eigentümer vom Besitzer überhaupt nur Wertersatz im Verhältnis von Unentgeltlichkeit zu Entgeltlichkeit verlangen. Als maßgeblicher Zeitpunkt ist bei all diesen Vergleichsrechnungen dabei auf den Augenblick der Besitzerlangung abzustellen.

Aufgrund der Schutzwirkung des § 988 BGB ergibt sich ähnlich wie bei den §§ 816 und 822 BGB²⁾, daß die Unentgeltlichkeit vom Standpunkt des Erwerbers aus zu be-

1) S. 37 ff.

2) Dazu oben S. 74 ff. und 102 f.

urteilen ist. Dies entspricht auch dem Rechtsgedanken, wonach niemand etwas herauszugeben braucht, um das er gar nicht bereichert ist.

Fraglich ist hingegen, ob zu der objektiven Voraussetzung der Unentgeltlichkeit auch ein subjektives Kriterium treten muß. Es wird hierbei danach zu differenzieren sein, welche unentgeltliche Zuwendung zugrunde liegt. In § 988 BGB ist nicht von "Verfügung" oder "Zuwendung" die Rede, der Tatbestand bezieht sich ganz allgemein auf die unentgeltliche "Besitzererlangung". Dabei dürfte der Gesetzgeber in erster Linie daran gedacht haben, daß der Besitzer die Sache durch eine Leistung erworben hat und das Tatbestandsmerkmal der Unentgeltlichkeit in dem zugrundeliegenden obligatorischen Rechtsgeschäft zu suchen ist. Allein hieraus geht hervor, daß die unentgeltliche Besitzererlangung, wie sich an dem Beispiel der Schenkung eines gestohlenen Gegenstandes zeigt, das Vorliegen objektiver und subjektiver Kriterien zur wesentlichen Voraussetzung hat. Ähnlich wie bei § 816 BGB¹⁾ stellt sich hier ebenfalls die Frage, ob die Bestimmung des § 988 BGB auch auf obligatorische Gebrauchs- und Nutzungsfälle Anwendung finden soll. Als Beispiele sind in diesem Sinn neben dem Hauptfall der Leihe unter anderem die Aneignung eines vermeintlich aufgegebenen Gegenstandes und der Erwerb aufgrund einer unwirksamen letztwilligen Verfügung²⁾ anzuführen. Bei einem Vergleich der Interessenlagen ergibt sich für diese Fälle, daß der Besitzer, der sich eine Sache schuldlos verschafft, aber ohne hierzu berechtigt zu sein, und dafür keine Gegenleistung aus seinem Vermögen erbringt, genausowenig Schutz verdient wie der Besitzer, der die Sache aufgrund einer unentgeltlichen Leistung bekommt³⁾. Wer also unbefugt, wenn auch schuldlos, eine fremde Sache als Besitzer gebraucht oder nutzt, gegen den richtet sich somit in gleicher Weise der Anspruch des Eigentümers gemäß § 988 BGB auf Herausgabe der gezogenen Nutzungen.

1) Vgl. oben S.69 f.

2) Die unentgeltliche Besitzererlangung betrifft hier das Verhältnis zwischen wahren Erben und vermeintlichen Erben.

3) Zutreffend Batsch, a.a.O., S. 6; Medicus, a.a.O., § 16 III 3, S. 152; vgl. auch Wolff-Raiser, a.a.O., § 85 II 3, S. 332; Westermann, a.a.O., § 32 III 1, S. 151.

III. Die rechtsgrundlose Besitzerlangung

Die Problematik der Behandlung rechtsgrundloser Verfügungen ist bereits an mehreren Stellen¹⁾ erörtert worden. Um auf den Fall der causallosen Besitzerlangung²⁾ besser eingehen zu können, soll folgender Beispielfall vorausgestellt werden: A verkauft und übergibt an B ein Grundstück, ohne daß beide wissen, daß der schuldrechtliche und der dingliche Vertrag wegen Geschäftsunfähigkeit des A unwirksam sind. Damit konnte das Eigentum an dem Grundstück nicht übertragen werden. Wenn der Käufer B nun in der Folgezeit die Früchte des Grundstücks erntet, können diese dann neben dem Eigentum von ihm herausverlangt werden, wenn später die Nichtigkeit des Kaufvertrages bekannt wird? Wenn ja, kann B dann die für das Grundstück geleisteten Aufwendungen, wie z.B. Steuern oder Hypothekenzinsen in Rechnung stellen?

Im Ergebnis ist man sich darüber einig, daß dann, wenn neben dem obligatorischen Geschäft auch das dingliche unwirksam ist, der Besitzer für die Nutzungen nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung haftet. Denn sonst würde der Eigentümer, bezüglich seines Anspruchs auf die Nutzungen, wie nachfolgend noch näher auszuführen ist, paradoxerweise besser stehen, hätte er sein Eigentum verloren, als wenn er es noch besitzen würde³⁾. Äußerst strittig ist jedoch die

1) Siehe oben S.89 ff., 103 f.

2) Dimopoulos-Vosikis, a.a.O., S. 180 ff., vertritt den Standpunkt, daß der Rechtsgrundmangel eine Voraussetzung des § 988 BGB sei. A.A. jedoch Siebert, a.a.O., DGBR 1940, 241 ff.; Müller-Freienfels, Wolfram, Zur Haftung des Käufers bei nichtigem Kaufvertrag, Jher Jb 89, 345 ff.; vgl. auch RGZ 163, 348 ff., 352 ff.

3) Demgegenüber hält es Wieling, Hans Josef, Die Nutzungen des gutgläubigen Besitzers, insbesondere in fehlgeschlagenen Vertragsverhältnissen, AcP 169, 137 ff. für gerechtfertigt und vom Gesetzgeber gewollt, daß der causallose Besitzer die Nutzungen im Gegensatz zu dem um das Eigentum Bereicherten im Hinblick auf § 993 I BGB nicht herausgeben braucht. Zur zutreffenden Gegenargumentation vgl. Medicus, a.a.O., § 23 V, 2 b, S. 239.

Begründung dieses Ergebnisses. Nach der insbesondere von der Rechtsprechung vertretenen Auffassung¹⁾ folgt die Haftung des rechtsgrundlosen Besitzers aus § 988 BGB, wobei hier dahinstehen kann, ob diese Bestimmung direkt oder entsprechend²⁾ anzuwenden ist. Aufgrund der These von der Ausschließlichkeit der §§ 987 ff. BGB³⁾ ist die Rechtsprechung im Fall der rechtsgrundlosen Besitzerlangung jedoch in Schwierigkeiten geraten. Wäre der oben geschilderte Fall so gelagert gewesen, daß nur der Kaufvertrag, nicht aber das Übereignungsgeschäft nichtig war, dann wären nicht die §§ 987 ff. BGB, sondern die §§ 812 ff. BGB zum Tragen gekommen. Außer dem Grundstück könnten auch die Nutzungen über §§ 812, 818 Abs. 1 BGB herausverlangt werden. Kommt zu der Nichtigkeit des Kaufvertrags auch noch die des dinglichen Rechtsgeschäfts hinzu, müßte dies nach der Auffassung der Rechtsprechung von der Ausschließlichkeit der §§ 987 ff. BGB dazu führen, daß der Erwerber im Falle seiner Redlichkeit die von ihm gezogenen Nutzungen gemäß § 993 Abs. 1 BGB behalten könnte. Um dieses unbillige Ergebnis⁴⁾ zu verhindern, hat die Rechtsprechung den Standpunkt eingenommen, daß der rechtsgrundlose Erwerb dem unentgeltlichen gleichzustellen sei.

-
- 1) Vgl. vor allem die grundlegende Entscheidung des Großen Senats in RGZ 163, 348 ff., 357. Ebenso auch die neuere Rechtsprechung: RG DR 1940, 1950; 1942, 1279; OGH JR 1949, 347; BGHZ 7, 208 ff., 218; 10, 350 ff., 357; 32, 76 ff., 94; OLG Nürnberg, RdL 1960, 46 f. Vgl. früher auch RGZ 105, 246 ff.; RG Gruch Beitr. 68, S. 66 Nr. 4. Wie die Rechtsprechung auch RGR-Kommentar, a.a.O., § 988 BGB, Anm. 3; Palandt-Degenhart, a.a.O., § 988 BGB Anm. 2 b; Rothoef, a.a.O., AcP 163, 259, 272; v. Lübtow, Miete und Leihe fremder Möbel, a.a.O., AcP 150, 256 ff.; Kaufmann, a.a.O., LZ 1933, 1189; Werner, a.a.O., JW 1930, 3210; Haymann, Grenzziehung, a.a.O., Jher Jb 77, 243, 263; Wilburg, a.a.O., S. 123 ff.; v. Tuhr, 2. Band, 2. Hälfte, a.a.O., § 74 II S. 141 f.
- 2) Dies vertritt u.a. Höring, a.a.O., S. 87 ff.
- 3) Dazu siehe oben S. 108 ff.
- 4) Hierzu Lange, Hermann, Verzugshaftung des Bereicherungsschuldners und des Besitzers, JZ 1964, 640 ff.

Die Auffassung von der Gleichstellung der Rechtsgrundlosigkeit mit der Unentgeltlichkeit vermag jedoch aus einer Reihe von Gründen nicht zu befriedigen. Einmal ist bereits der von der Rechtsprechung angenommene Ausgangspunkt für diese Theorie nicht zutreffend. Eine Ausschlußwirkung der §§ 987 ff. BGB und somit des § 988 BGB gegenüber den Bereicherungsansprüchen läßt sich nicht aufrechterhalten. Insoweit kann auf die oben¹⁾ angestellten Voruntersuchungen über die systematische Einordnung des § 988 BGB und seines Verhältnisses zu den §§ 812 ff. BGB verwiesen werden. Gegenüber der von der Rechtsprechung vertretenen Ausschließlichkeitstheorie ist der Auffassung der Vorzug zu geben, daß die Vorschriften über die Herausgabe einer Bereicherung auf jeden Fall neben den §§ 987 ff. BGB eingreifen können. Dies führt dazu, daß für den Fall des rechtsgrundlosen Besitzes die Herausgabe der Nutzungen über die §§ 812 ff. BGB erreicht wird. Dieser Weg erscheint wesentlich einfacher und natürlicher als die von der Rechtsprechung vorgenommene, gekünstelt wirkende Gleichstellung von causaloser und unentgeltlicher Verfügung²⁾. Es widerspricht dem natürlichen Rechtsempfinden, wenn eine Besitzübertragung aufgrund eines entgeltlichen Kaufvertrages im Falle seiner Nichtigkeit auf einmal als unentgeltlich anzusehen ist. Durch § 988 BGB wird sichergestellt, daß der Eigentümer vom Besitzer die von diesem gezogenen Nutzungen trotz dessen Eigen-

1) Siehe oben S. 106 f.

2) Ebanso Staudinger-Berg, a.a.O., § 987 BGB Rdnr. 10, § 988 BGB Rdnr. 2; Erman-Hefermehl, a.a.O., § 988 BGB Anm. 4; Larenz, Schuldrecht II, a.a.O., § 69 IV c, S. 431 f.; ders., Methodenlehre, a.a.O., S. 255; Esser, Schuldrecht II, a.a.O., § 104 II 3 b, S. 373 f.; Lent-Schwab, a.a.O., § 45 VIII 5 b, S. 191; Planck, a.a.O., § 988 BGB Anm. 2 b; Wolff-Raiser, a.a.O., § 85 II 6, S. 333; Baur, a.a.O., § 11, B II 3, S. 86; Westermann, a.a.O., § 31 III 1 b, S. 142 f.; Wolf, Ernst, Lehrbuch des Sachenrechts, Köln-Bonn, Berlin-München 1971, S. 165.

tums herausverlangen kann, wenn der Besitzübergang von einem hierzu nichtberechtigten Dritten ausging und unentgeltlich war. Dabei kommt der Rechtsgedanke wiederum zum Tragen, daß die Interessen desjenigen, der für einen Erwerb keine Gegenleistung erbringen mußte, weniger schützenswert sind als die des entgeltlichen Erwerbers. Zutreffend weist Koeb¹⁾ darauf hin, daß der von der Rechtsprechung eingeschlagene Lösungsweg bei Zweipersonenverhältnissen, d.h. wenn der Besitz durch eine Leistung des Eigentümers auf den Besitzer übergegangen ist, nicht zu unrichtigen Ergebnissen führt. Denn der Besitzer kann seine Aufwendungen durch Saldierung ausgleichen, selbst wenn er die Nutzungen herausgeben muß. Die Schwäche der von der Rechtsprechung vertretenen, entsprechenden Anwendung des § 988 BGB zeigt sich jedoch bei den Mehrpersonenbeziehungen. Verkauft z.B. A eine von ihm gestohlene Sache des B an den redlichen C und stellt sich später heraus, daß der Kaufvertrag nichtig ist, kann hier B nach der Auffassung der Rechtsprechung von C gemäß § 988 BGB die Nutzungen herausverlangen, obwohl C für die Nutzungen an A ein effektives, aber gegenüber B nicht saldierbares Vermögensopfer erbracht hat. Bei einem Konkurs des A hätte C seine Kaufpreiszahlung verloren. Zu einem gerechten Ergebnis führt hier die Meinung, wonach im obigen Fall C die Nutzungen über A herauszugeben hat, da zwischen beiden ein Leistungsverhältnis besteht und C insoweit sein Vermögensopfer verrechnen kann. Was für die dreigliedrigen Verhältnisse zutrifft, die bei den §§ 987 ff. BGB sowieso die Regel sind²⁾, sollte aus Systemgründen auch für die Zweipersonenverhältnisse gelten. Danach besteht kein Anlaß, dem Eigentümer einen Nutzungsherausgabeanspruch über § 988 BGB zuzugestehen, nur weil der Erwerber die Sache vom Dritten durch ein entgeltliches, aber unwirksames obligato-

1) A.a.O., S. 227.

2) So Esser, Schuldrecht II, a.a.O., § 105 IV 1 b, S. 388 f., unter Hinweis auf Prot. III, 349 f.

risches Rechtsgeschäft erhalten hat. Der Kondiktionsausgleich darf sich hier nicht direkt zwischen Eigentümer und Sachbesitzer vollziehen, da sonst die vom Besitzer erbrachte Gegenleistung keine Berücksichtigung finden könnte.

Gegen die hier vertretene Auffassung, den rechtsgrundlosen Besitzer für die von ihm gezogenen Nutzungen über § 812 ff. BGB haften zu lassen, kann auch nicht der Einwand erhoben werden, daß durch die §§ 987 ff., 955 ff. BGB ein Rechtsgrund für den Nutzungserwerb geschaffen sei, sodaß deswegen eine ungerechtfertigte Bereicherung nicht vorliegen könne¹⁾. Die genannten Bestimmungen lassen sich nicht als causa heranziehen, da sie durchaus neben dem allgemeinen Bereicherungsrecht einschlägig sein können. Die §§ 987 ff. BGB vermögen keinen Rechtsgrund dafür abzugeben, daß ein außerhalb der §§ 987 ff. BGB begründeter Kondiktionsanspruch ausgeschlossen wird. Für die §§ 955 ff. BGB gilt das gleiche. Diese Vorschriften stellen auch dann keine causa dar, wenn der Erwerber den Besitz ohne Rechtsgrund erlangt hat. Steht dem Eigentümer wegen der Rechtsgrundlosigkeit des Kausalgeschäfts das Recht zu, den Eigenbesitz über § 812 BGB herauszuverlangen, dann entspricht es Sinn und Zweck des Kondiktionsausgleichs, daß der Erwerber, der ohne Rechtsgrund besitzt, auch die gezogenen Nutzungen herausgeben muß. Die hiervon abweichende Auffassung, daß die §§ 955 ff. BGB einen Rechtsgrund für den Nutzungserwerb abgeben, vermengt den gesetzgeberischen Zweck dieser Bestimmungen mit der Frage, wer bei der Rückabwicklung des causalosen Rechtsgeschäfts das Eigentum letztlich beanspruchen kann. Durch diese Normen wird schließlich nicht die endgültige wertmäßige Verteilung, sondern nur die dingliche Zuordnung festgelegt²⁾.

-
- 1) Dies wird vertreten von Planck, a.a.O., § 993 BGB, Anm. 1 b; Müller-Freienfels, a.a.O., Jher Jb 89, 345 ff., 350 ff.; vgl. auch Münzel, Konrad, Der Eigentumsanspruch und die Herausgabe der Nutzungen, JR 1933, 113. Entgegen Planck, a.a.O., kann für diese Auffassung nicht RG JW 1912, 690 angeführt werden.
- 2) Vgl. für viele Soergel-Siebert-Mühl, a.a.O., Rdnr. 2 vor § 953 BGB und § 955 BGB Rdnr. 2; Palandt-Degenhart, a.a.O., Anm. 3 vor §§ 953 ff. BGB; Koebler, a.a.O., S. 223; Wolf, a.a.O., S. 164 f.

Fünfter Unterabschnitt: Die Unentgeltlichkeit im Familienrecht

I. Übersicht

Die Problematik der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte spielt im Familienrecht nicht die Rolle wie z.B. im Recht der ungerechtfertigten Bereicherung. Der Begriff der Unentgeltlichkeit taucht nur an vereinzelt Stellen auf und zwar ausschließlich in Verbindung mit dem Begriff der Zuwendung¹⁾. Dieser Begriff wurde schon in früheren Kapiteln abgehandelt, sodaß insoweit größtenteils Bezug genommen werden kann.

Im großen und ganzen lassen sich sinngemäß drei Kategorien von Bestimmungen bilden, die sich im familienrechtlichen Abschnitt auf den Begriff der unentgeltlichen Zuwendung beziehen. Bei der ersten Gruppe²⁾ macht sich die eingeschränkte Rechtsverbindlichkeit der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte bemerkbar: zur Berechnung des Zugewinnausgleichs werden in der Regel die unentgeltlichen Zuwendungen eines Ehegatten an Dritte zugunsten des anderen Ehegatten berücksichtigt. Bei der zweiten³⁾ fällt anhand einer Reihe von Bestimmungen auf, daß demjenigen, der unentgeltlich einem etwas zuwendet, hinsichtlich der Verwendung der Zuwendung ein differenziertes Bestimmungsrecht zusteht. Nach der dritten⁴⁾ sind all die Schenkungen unwirksam, die von den Eltern oder dem Vormund in Vertretung des Kindes bzw. Mündels vorgenommen werden. Das gleiche gilt bezüglich Schenkungen aus dem Gesamtgut, wenn die Einwilligung des anderen Ehegatten fehlt.

1) Siehe oben S.7 ff., 31 ff.

2) §§ 1374, 1375, 1390 BGB.

3) §§ 1638, 1639, 1803, 1909 BGB.

4) §§ 1425 Abs. 1, 1641, 1804 BGB.

II. Die unentgeltliche Zuwendung im Rahmen des Zugewinnausgleichs

1. Einbeziehung der unentgeltlichen Zuwendungen in die Berechnung des Anfangs- und Endvermögens

Unter dem Zugewinn eines Ehegatten versteht man den Differenzbetrag zwischen Endvermögen und Anfangsvermögen (§ 1375 BGB). Das Anfangsvermögen errechnet sich dabei aus dem Überschuß des Vermögens eines Ehegatten gegenüber den Verbindlichkeiten beim Eintritt des Güterstandes. Dem so ermittelten Betrag ist das Vermögen hinzuzurechnen, das ein Ehegatte nach Beginn des Güterstandes durch Schenkung, Erbschaft oder als Ausstattung erlangt. Soweit der Vermögenszuwachs also auf einer Schenkung beruht, soll der andere Ehegatte hieran nicht teilhaben¹⁾. Diese Erhöhung des Anfangsvermögens hat eine entsprechende Verminderung des Zugewinns zur Folge.

In § 1375 Abs. 1 BGB ist der Begriff des Endvermögens definiert. Nach Abs. 2 der Bestimmung ist dem Endvermögen eines Ehegatten unter anderem auch der Betrag hinzuzurechnen, um den das Vermögen durch die unentgeltlichen Zuwendungen des anderen Ehegatten vermindert ist, wenn damit nicht "einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen" worden ist (§ 1375 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Den Hauptanteil der unentgeltlichen Zuwendungen machen dabei naturgemäß die Schenkungen aus. Wenn in § 1375 BGB trotzdem nicht von Schenkungen, sondern vom umfassenderen Begriff der unentgeltlichen Zuwendung die Rede ist, so dokumentiert sich darin der Schutzzweck der Bestimmung. § 1375 BGB setzt

1) Dies gilt auch für den Fall der Schenkung unter Ehegatten OLG Hamburg NJW 1964, 1076; vgl. auch Soergel-Siebert-Lange, a.a.O., § 1374 BGB Rdnr. 14; Staudinger-Felgenträger, a.a.O., § 1374 BGB Rdnr. 25; Erman-Bartholomeyczik, a.a.O., § 1374 BGB Anm. 6. Neuerdings Brüning, Manfred, Die Behandlung von Schenkungen zwischen Ehegatten bei der Berechnung der Zugewinnausgleichsforderung, NJW 1971, 922 ff.

nicht wie § 516 BGB unbedingt eine Einigung der Vertragspartner voraus. Es genügt im Verhältnis zwischen dem zuwendenden Ehegatten und dem Dritten eine zweckfreie, in der Regel bewußte Verschaffung eines Vermögensvorteils¹⁾, um zugunsten des anderen Ehegatten die Bestimmung des § 1375 BGB eingreifen zu lassen. Für den Begriff der Unentgeltlichkeit gilt auch hier, daß eine ausgleichende Gegenleistung des Bedachten nicht vorliegt. Ist die Zuwendung des Ehegatten nur teilweise unentgeltlich, bringt dies keine besonderen Probleme mit sich. Bei der Berechnung des Zugewinns werden schließlich nur Werte, nicht Gegenstände verglichen. Eine gemischte Schenkung z.B. ist daher dem Endvermögen nur insoweit hinzuzurechnen, als der Betrag eine unentgeltliche Zuwendung darstellt. Hinsichtlich des Zeitpunkts der unentgeltlichen Zuwendung kommt es darauf an, daß die Zuwendung nach dem 1.7.1958 oder nach der Eheschließung erbracht worden ist. Die Ausgleichsforderung hat somit zur Voraussetzung, daß die unentgeltlichen Zuwendungen nach dem Eintritt der Zugewinnsgemeinschaft erfolgt sind (§ 1375 Abs. 2 BGB). Die Hinzurechnung einer unentgeltlichen Zuwendung findet nicht statt, wenn sie zehn Jahre vor der Beendigung des Güterstandes vorgenommen worden ist, oder wenn der andere Ehegatte mit der unentgeltlichen Zuwendung einverstanden gewesen ist (§ 1375 Abs. 3 BGB).

2. Die Ergänzung der Ausgleichsforderung bei unentgeltlicher Zuwendung an Dritte

§ 1378 Abs. 2 BGB stellt klar, daß die Ausgleichsforderung den Wert der zur Verfügung stehenden Aktivmasse nicht übersteigen darf. Diese Bestimmung hat den Schutz fremder Gläubiger zum Ziel. Der Grundsatz, daß dritte Gläubiger gegenüber dem ausgleichsberechtigten Ehegatten bevorzugt sind, gilt jedoch dann nicht, wenn die Zuwendung des ausgleichs-

1) Siehe oben S. 7 ff.

pflichtigen Ehegatten unentgeltlich ist. Ähnlich dem in §§ 816 Abs. 1 Satz 2, 822, 988 BGB normierten Rechtsge-
danken wird der Dritte in diesem Fall mit Recht nicht
geschützt, da er die Zuwendung ohne entsprechende Gegen-
leistung empfangen hat. In diesem Fall hält der Gesetz-
geber den ausgleichsberechtigten Ehegatten für schutz-
bedürftiger als den Dritten.

Für die Unentgeltlichkeit ist wiederum Voraussetzung, daß
der Zuwendung objektiv und wirtschaftlich keine gleichwertige
Gegenleistung gegenübersteht. Subjektiv gilt grundsätzlich
wie bei § 1375 Abs. 2 BGB, daß der Zuwender das Vermögen
des Empfängers in der Regel bewußt, wenn auch ohne Zweck-
setzungserklärung vermehrt. Eine Besonderheit besteht aber
gegenüber § 1375 BGB insofern, als bei § 1390 BGB noch hin-
zukommen muß, daß der unentgeltlich zuwendende Ehegatte in
der Absicht gehandelt hat, den ausgleichsberechtigten Ehe-
gatten zu benachteiligen. Hat der Empfänger auch noch von
der Benachteiligungsabsicht Kenntnis gehabt, greift die
Verschärfung des § 1390 Abs. 2 BGB nicht nur für unentgelt-
liche Zuwendungen, sondern auch für andere Rechtshandlungen
ein.

Der Anspruch des § 1390 BGB kann gegen den Dritten nur dann
geltend gemacht werden, wenn der Ausgleich der Ehegatten
untereinander nicht verwirklicht werden kann. Dem ausgleichs-
berechtigten Ehegatten steht jedoch eine Forderung nur bis
zur Höhe des Betrages zu, den er von dem anderen Ehegatten
beanspruchen könnte, wenn dieser sich ordnungsgemäß verhalten
hätte.

Hinsichtlich der Problematik der teilweise unentgeltlichen
Zuwendungen kann auf die Ausführungen im Schenkungsrecht¹⁾
und bei den §§ 816 ff. BGB²⁾ verwiesen werden. Im Fall einer
gemischten Schenkung findet sich aber meist die Möglichkeit

1) Siehe oben S. 37 ff.

2) Siehe oben S. 87 ff.

einer praktischen Lösung. Zum Unterschied von der bisher im Rahmen der §§ 816, 822 und 988 BGB behandelten Problematik ist der Dritte nämlich dem Anspruch des ausgleichsberechtigten Ehegatten nicht ungeschützt ausgesetzt. Im Gegensatz zu § 818 BGB steht ihm ein Wahlrecht dahingehend zu, daß er das Zugewendete herausgibt oder, falls er an dem erlangten Gegenstand ein Interesse hat, die Herausgabe durch Zahlung des fehlenden Betrags abwenden kann (§ 1390 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Findet § 1390 Abs. 1 Satz 1 BGB auch Anwendung, wenn ein Ehegatte eine rechtsgrundlose¹⁾ Zuwendung an einen Dritten vornimmt? Es stellt sich hier wiederum das Problem, ob ein unentgeltliches Rechtsgeschäft mit einem rechtsgrundlosen gleichzustellen ist. Ähnlich wie bei § 822 BGB ist davon auszugehen, daß dem zuwendenden Ehegatten ein Bereicherungsanspruch gegen den Dritten zusteht, da dieser auf seine Kosten bereichert ist. Unter gebührender Berücksichtigung der jeweiligen Leistungsbeziehungen wird ein Ausgleich dadurch erzielt, daß sich der ausgleichsberechtigte Ehegatte an den anderen Ehegatten hält, während letzterer sich gegen den Dritten wenden kann. Auch im Rahmen des § 1390 BGB ist dieser Theorie der Vorzug zu geben, da nur auf diese Weise etwaige Rechte des Dritten, insbesondere hinsichtlich der Erstattung seiner Gegenleistung gewahrt bleiben.

1) Grundsätzlich hierzu oben S. 72 f.; vgl. auch S. 89 ff.

III. Das Bestimmungsrecht des unentgeltlichen Zuwenders

Die zweite Gruppe der familienrechtlichen Bestimmungen, die den Begriff der unentgeltlichen Zuwendung beinhalten (§§ 1418, 1638, 1803, 1909 BGB), ist dadurch gekennzeichnet, daß der Dritte bei seiner unentgeltlichen Zuwendung bestimmen muß, in welcher Weise und durch wen die unentgeltliche Zuwendung verwaltet werden soll.

Der Grund für diese Regelungen ist darin zu suchen, daß es Dritten, die einem Ehegatten oder einem Kind etwas unentgeltlich zuwenden wollen, möglich sein muß, im Interesse des Bedachten jede Einwirkung der sonst zur Verwaltung Befugten¹⁾ auf das Zugewendete auszuschließen.

In all diesen Fällen muß die Zuwendung unentgeltlich geschehen. Dabei ist der Begriff der unentgeltlichen Zuwendung durch die gleichen, schon bei den §§ 1375, 1390 BGB umschriebenen Kriterien bestimmt. Eine Zuwendung ist im Rahmen der genannten Bestimmungen insoweit als unentgeltlich zu betrachten, als der bedachte Ehegatte oder das Kind keine gleichwertige Gegenleistung erbringt und auch sonst auf die Zuwendung keinen Rechtsanspruch hat. Von einer unentgeltlichen Zuwendung muß daher auch dann gesprochen werden, wenn ein Dritter, z.B. auch der nicht bedachte Ehegatte, dem Zuwender eine Gegenleistung erbringt²⁾. Auf die Unentgeltlichkeit muß sich dabei subjektiv nicht unbedingt der Wille von Zuwender und Empfänger beziehen. Voraussetzung ist lediglich, daß der Zuwender bestimmt, wie bzw. durch wen die unentgeltliche Zuwendung verwaltet werden soll. Als Hauptbeispiel für die unentgeltliche Zuwendung ist hier in erster Linie die Schenkung zu nennen.

1) Zur Verwaltung kann z.B. der andere Ehegatte, die Eltern des Kindes, der Vormund oder der Pfleger befugt sein.

2) So RGZ 171, 83 ff., 87; vgl. aber RGZ 69, 59 ff., 63.

Bei gemischten Schenkungen ist zu prüfen, ob und inwieweit der Dritte bestimmt hat, daß die Zuwendung Vorbehaltsgut sein soll. Entsprechend den bei § 531 BGB und § 816 BGB gefundenen Lösungen steht dem Dritten im Fall der Nichtteilbarkeit der Zuwendung ein Bestimmungsrecht jedoch nur dann zu, wenn der entgeltliche Teil des Rechtsgeschäfts überwiegt¹⁾.

IV. Das Schenkungsverbot der §§ 1425, 1641 und 1804 BGB

Wenn der das Gesamtgut verwaltende Ehegatte ohne Einwilligung des anderen Ehegatten aus dem Gesamtgut einen einzelnen, beweglichen Gegenstand verkauft, kann der Käufer diesen rechtswirksam zu Eigentum erwerben. Anders ist die Rechtslage bei einer Schenkung. Der Gesetzgeber sieht hier die dingliche Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts vor (§ 1425 Abs. 1 BGB), sodaß der verschenkte Gegenstand beim Gesamtgut verbleibt, es sei denn, es würde eine Pflicht- oder Anstandsschenkung vorliegen. Die hier deutlich zutage tretende Schwäche des unentgeltlichen Rechtsgeschäfts gilt auch für die Abgabe eines Schenkungsversprechens, selbst wenn sich dieses nicht auf das Gesamtgut bezieht (§ 1425 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Ein ebenso klares Schenkungsverbot beinhalten die §§ 1641 und 1804 BGB. Hiernach ist es den Eltern oder dem Vormund nicht gestattet, in Vertretung des Kindes bzw. des Mündels Schenkungen vorzunehmen. Die Folge hieraus wäre die dingliche Unwirksamkeit der Schenkung, sodaß der geschenkte Gegenstand aus Eigentumsrecht herausverlangt werden könnte.

Hinsichtlich des Schenkungs- bzw. Unentgeltlichkeitsbegriffs ergeben sich im Rahmen der §§ 1425, 1641 und 1804 BGB kaum Besonderheiten, sodaß auf die Ausführungen im Schenkungsrecht²⁾ Bezug genommen werden kann.

1) Dazu oben S. 40 ff.; 87 ff.

2) Siehe oben S. 31 ff.

Wird eine gemischte Schenkung vorgenommen, fragt es sich, ob die zwingenden Normverbote¹⁾ dann das ganze Rechtsgeschäft betreffen. Soll nach dem Parteiwillen gemäß § 139 BGB der entgeltliche Teil der gemischten Schenkung gültig sein, kommt es darauf an, ob das unentgeltliche Element des Rechtsgeschäfts überwiegt²⁾. Trifft dies zu, muß das Interesse des Empfängers der gemischten Schenkung gegenüber dem des bisherigen Rechtsträgers zurücktreten und das Schenkungsverbot in diesem Fall zum Tragen kommen.

1) Für viele Soergel-Siebert-Lange, a.a.O., § 1425 BGB Rdnr.2, § 1641 BGB Rdnr. 2, § 1804 BGB Rdnr. 1.

2) Hierzu BGHZ 30, 120 ff.; siehe auch oben S.43 f.

Sechster Unterabschnitt: Das unentgeltliche Rechtsgeschäft
im Erbrecht

Wesentlich größere Bedeutung als im Familienrecht hat der Begriff des unentgeltlichen Rechtsgeschäfts im Erbrecht. Zwar taucht der Begriff nur an einigen Stellen auf, umso bedeutsamer sind aber die sich anknüpfenden Rechtsfolgen. Dies gilt insbesondere für die §§ 2113 Abs. 2, 2205 Satz. 3, 2207 Satz. 2 BGB. Wegen der ähnlichen Ausgestaltung des Begriffs der unentgeltlichen Verfügung und seiner Rechtsfolgen können beide Bestimmungen in einem Kapitel gemeinsam behandelt werden. Einen gewissen Gegensatz dazu bilden die erbrechtlichen Schenkungsbestimmungen¹⁾ und die unentgeltliche Verfügung des Erbschaftsverkäufers²⁾. Hierauf soll im zweiten und dritten Kapitel eingegangen werden.

Erstes Kapitel: Die unentgeltliche Verfügung im Rahmen der
§§ 2113 und 2205 BGB

I. Sinn und Zweck der §§ 2113 Abs. 2, 2205 Satz 3 BGB

Unentgeltliche Verfügungen des Vorerben oder des Testamentsvollstreckers werden vom Gesetzgeber grundsätzlich für dinglich unwirksam erklärt. Der Zweck dieser Regelung, die letztlich auch im Interesse der Nachlaßgläubiger liegt, ist darin zu sehen, daß der (Nach-)Erbe vor einer Schmälerung des ihm zumindest später zufallenden Nachlasses bewahrt werden soll.

Bezüglich der Vor- und Nacherbschaft sieht § 2111 BGB daher vor, daß bei entgeltlichen Verfügungen des Vorerben über Nachlaßgegenstände die empfangenen Gegenleistungen und Surrogate in den Nachlaß fallen. Dem liegt der Gedanke zugrunde,

1) §§ 2287 f.; 2325 ff., 2329 BGB.

2) §§ 2375 ff., 2385 BGB.

daß der Nachlaß wertmäßig zusammengehalten werden soll; andererseits kann der Nacherbe bei derartigen entgeltlichen Verfügungen schon aus Gründen des Verkehrsinteresses grundsätzlich¹⁾ nicht die Rückgabe der vom Vorerben hinausgegebenen Nachlaßgegenstände verlangen. Dem Surrogationsprinzip steht jedoch der Grundsatz gegenüber, daß dem Vorerben allgemein die Verfügungsbefugnis über alle zur Erbschaft gehörenden Gegenstände zusteht. Von dieser Befugnis kann der Vorerbe aber nicht uneingeschränkt Gebrauch machen, sie endet im Interesse des Nacherben dann, wenn der Nachlaßbestand durch eine Verfügung wesentlich verändert oder gar verkürzt wird. Eine solche Einschränkung trifft insbesondere auf alle unentgeltlichen Verfügungen des Vorerben zu, soweit das Recht des Nacherben hierdurch im Nacherbfalle beeinträchtigt ist. Wird der Wert des Nachlasses durch unentgeltliche Verfügungen des Vorerben verringert, muß das Verkehrsinteresse gegenüber dem Interesse des Nacherben an der Erhaltung des Nachlasses zurückstehen. Denn wenn keine Gegenleistung in den Nachlaß fließt, kommt die vom Gesetzgeber vorgesehene "Sicherung durch das Surrogationsprinzip"²⁾ nicht zum Tragen.

Ähnlich ist in § 2205 BGB das Nachlaßverwaltungsrecht des Testamentvollstreckers ausgestaltet. Wie der Vorerbe ist der Testamentsvollstrecker vom Gesetz her grundsätzlich befugt, den gesamten Nachlaß ausschließlich und unbeschränkt zu verwalten. Er kann sogar anders als der Vorerbe (§ 2113 Abs. 1 BGB) auch über Grundstück und Grundstücksrechte ohne Zustimmung des Erben³⁾ entgeltlich verfügen. Allerdings ist

1) Eine Ausnahme hiervon bildet die Verfügung des Vorerben über ein Nachlaßgrundstück (§ 2113 Abs. 1 BGB).

2) Kipp-Coing, a.a.O., § 49 IV 2, S. 215.

3) Fraglich ist, ob der Testamentsvollstrecker mit Zustimmung des Erben eine unentgeltliche Verfügung vornehmen kann. Gegen die herrschende Meinung (vgl. die Zusammenstellung bei v. Lübtow, Erbrecht, a.a.O., S. 958 Fußn. 61) ist die Gültigkeit einer derartigen unentgeltlichen Verfügung aber zu bejahen, wenn die Verfügung nicht dem Erblasserwillen zuwiderläuft oder die Nachlaßgläubiger nicht geschädigt werden (ebenso Staudinger-Dittmann, aa.O., § 2205 BGB Rdnr. 37; Palandt-Keidel, a.a.O., § 2205 BGB Anm. 3; v. Lübtow, Erbrecht, a.a.O., S. 950; Brox, a.a.O., § 27 V 3, Rdnr. 523, S. 279; Lange, Erbrecht, a.a.O., § 29 VI 2 b, S. 307).

die Verfügungsmacht nicht uneingeschränkt. Wenn auch der Grundsatz der dinglichen Surrogation¹⁾ im Testamentsvollstreckerrecht nicht ausdrücklich aufgeführt ist, so ist er doch in entsprechender Weise auf die §§ 2197 ff. BGB anwendbar²⁾. Außerdem trifft den Testamentsvollstrecker die weitere Einschränkung, daß er unentgeltliche Verfügungen aus dem Nachlaß nur dann vornehmen kann, wenn er damit einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entspricht. Insofern ist die Interessenlage der Regelung in § 2205 Satz 3 BGB mit der des § 2113 Abs. 2 BGB zu vergleichen. Es besteht nur der Unterschied, daß der gutgläubige Erwerber bei einer unentgeltlichen Verfügung des Testamentsvollstreckers anders als im Fall des § 2113 Abs. 3 BGB nicht geschützt ist. Darüberhinaus ist der Vorerbe nicht nur Verfügungsbefugter, sondern gleichzeitig auch Rechtsträger. In der Praxis kommt dieser Umstand aber kaum zum Tragen. Denn meist hat der Erblasser Miterben als Testamentsvollstrecker eingesetzt, sodaß sich die Schutzbedürftigkeit der vom Verfügungsrecht ausgeschlossenen Erben für die Bestimmungen der §§ 2113 Abs. 2 und 2205 Satz 3 BGB die Waage hält. Dies ist auch der Grund, weshalb die Voraussetzungen, die an die Unentgeltlichkeit zu stellen sind, für beide Vorschriften im wesentlichen gleich ausgestaltet werden können³⁾.

1) Er kommt in den §§ 2041, 2111 BGB zum Ausdruck.

2) So zutreffend die herrschende Meinung. Für viele Staudinger-Dittmann, a.a.O., § 2205 BGB Anm. 9.

3) Dies hebt auch der BGH in Fam RZ 1963, 426 f. hervor.

II. Kriterien der unentgeltlichen Verfügung

1. Der Verfügungsbegriff.

Nach dem Gesetzeswortlaut sind von der Schutzfunktion der §§ 2113 und 2205 BGB lediglich Verfügungen umfaßt. Unter diesem Begriff sind wie allgemein im BGB Rechtsgeschäfte zu verstehen, durch die auf die Rechtslage eines Gegenstandes unmittelbar eingewirkt wird¹⁾. Als gängige Beispiele sind hier unter anderem Übereignung und Belastung von Sachen, ebenso Abtretung und Einziehung von Forderungen zu nennen. Für die als Ausnahmeregelung einzustufenden §§ 2113 Abs. 2 und 2205 Satz 3 BGB gilt dabei, daß diese Bestimmungen nur dann einschlägig sind, wenn über Nachlaßgegenstände unentgeltlich verfügt wird. Unerheblich ist, ob die zur Erbschaft gehörigen Gegenstände bereits von vornherein zur Erbschaft gezählt haben oder erst durch Surrogation hinzuzurechnen sind²⁾. Verpflichtet sich der Vorerbe oder Testamentsvollstrecker, Gegenstände aus dem Nachlaß zu veräußern oder zu belasten, besteht an der Wirksamkeit dieser Rechtsgeschäfte im Hinblick auf den Wortlaut der §§ 2113 Abs. 2, 2205 Satz 3 BGB grundsätzlich kein Zweifel³⁾, da hier ein dingliches Verfügungsgeschäft nicht vorliegt. Eine Ausnahme hiervon gilt jedoch für den vom Gesetzgeber eigens hervorgehobenen Fall, daß der Testamentsvollstrecker ein Schenkungsversprechen abgibt (§ 2207 Satz 2 BGB). Ein solches Versprechen ist unwirksam, es sei denn, der Testamentsvollstrecker würde hierdurch einer Sitten- oder Anstandspflicht entsprechen. Im Hinblick auf diese gesetzliche Bestimmung erscheint - ähnlich wie bei den §§ 816, 822, 988 BGB⁴⁾ eine analoge Anwendung

1) Vgl. für viele Bartholomeyczik, a.a.O., § 38 V 1, S. 244.
Siehe auch oben S.6 ff.

2) Dazu Staudinger-Dittmann, a.a.O., § 2205 BGB Rdnr. 18.

3) In § 2206 BGB ist das Recht des Testamentsvollstreckers sogar ausdrücklich ausgesprochen, im Rahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung Verbindlichkeiten für den Nachlaß einzugehen.

4) Grundlegend oben S.69 ff.; 103 f., 112 f.

der §§ 2113, 2205 BGB auf unentgeltliche Gebrauchs- und Nutzungsfälle gerechtfertigt, zumal es die Interessenlage nicht zuläßt, die Schutzwirkung der erbrechtlichen Bestimmungen erst im Falle einer endgültigen Nachlaßminderung durchgreifen zu lassen¹⁾. Bei Verpflichtungsgeschäften des Vorerben oder Testamentsvollstreckers können Gläubigern gegenüber bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen auch die Rechtssätze über Rechtsmängel eingreifen.

2. Objektive und subjektive Voraussetzungen der unentgeltlichen Verfügung

a) Objektive Kriterien

Eine Verfügung im Sinne der §§ 2113, 2205 BGB setzt objektiv voraus, daß ein Wert hingegeben wird, dem überhaupt kein Gegenerwerb (volle Unentgeltlichkeit) oder doch keine wirtschaftlich vergleichbare Leistung (teilweise Unentgeltlichkeit) gegenübersteht, d.h. die durch die Verfügung eingetretene Nachlaßverringerung darf nicht durch Zuführung eines entsprechenden Vermögensvorteiles aufgewogen werden²⁾. Die Ungleichwertigkeit der einander gegenüberstehenden Wertverschiebungen, bei Austauschverträgen die Ungleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung, bedingt daher die Unentgeltlichkeit im objektiven Sinne. Allerdings kommt gegenüber den bisherigen Fällen eine Besonderheit hinzu. Für die Unentgeltlichkeit ist grundsätzlich maßgeblich, daß keine Gegenleistung in den Nachlaß gelangt ist³⁾.

1) A.A. die herrschende Meinung, deren Vertreter sich meist mit dem Hinweis begnügen, daß die §§ 2113, 2205 BGB nur Verfügungen betreffen und Verpflichtungsgeschäfte daher grundsätzlich voll wirksam seien (vgl. Staudinger-Seybold, a.a.O. § 2113 BGB Rdnr. 2; Staudinger-Dittmann, a.a.O., § 2205 BGB Rdnr. 21; RGR-Kommentar, a.a.O., § 2113 BGB Anm. 3; Soergel-Siebert-Ehard-Eder, a.a.O., § 2113 BGB Rdnr. 2; Kipp-Cöing, a.a.O., § 49 IV 1 b, S. 214; Lange, Erbrecht, a.a.O., § 26 IV 2, S. 234 und § 29 VI 3, S. 308).

2) BGHZ 7, 274 ff.

3) So BGHZ 7, 277; vgl. auch RG Recht 1939, 635 ff.

Der Grund für diese Voraussetzung erklärt sich aus dem Zweck der §§ 2113, 2205 BGB. Das Gesetz will hier dem Nacherben bzw. Erben Schutz gewähren gegen nachteilige Verfügungen des Vorerben bzw. Testamentsvollstreckers. Für die Frage der Unentgeltlichkeit ist daher nicht bedeutsam, ob der Empfänger bereichert ist, ausschlaggebend ist vielmehr, daß eine Benachteiligung des Nachlasses eingetreten ist. Hierin zeigt sich auch ein Unterschied zu den §§ 816, 822, 988 BGB. Während es dort darauf ankommt, welche Personen ein Entgelt leisten, ist hier maßgeblich, wer ein Entgelt empfangen hat. Zweck der bereicherungsrechtlichen Bestimmungen ist, den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten dadurch einzuschränken, daß das Erlangte, sei es vom Nichtberechtigten, sei es vom Empfänger, schuldrechtlich wieder herauszugeben ist. Kriterium für die Schutzwürdigkeit des Empfängers ist dort, ob dieser dem Verfügenden eine Gegenleistung erbracht hat¹⁾. Ist dies nicht der Fall, bringt es ihm keinen Nachteil, wenn er das gutgläubig Erlangte wieder herausgeben muß. Für die §§ 816, 822, 988 BGB ist die Unentgeltlichkeit daher nur dann zu verneinen, wenn der Erwerber eine gleichwertige Gegenleistung erbringt, wobei es aber gleichgültig ist, an wen er die Leistung tätigt.

Bei den §§ 2113, 2205 BGB ist die Situation umgekehrt. Hier liegt Unentgeltlichkeit nur dann vor, wenn in den Nachlaß keine Gegenleistung gelangt ist, die der vorgenommenen Verfügung wertmäßig entspricht. Auch kommt es nicht darauf an, ob das Entgelt vom Erwerber des veräußerten Nachlaßgegenstandes oder von einem anderen herrührt. Es liegt daher eine unentgeltliche Verfügung im Sinne der §§ 2113, 2205 BGB auch dann vor, wenn der Erwerber ein Entgelt erbringt, das

1) In diesem Sinn BGH JZ 1954, 360.

jedoch aus irgendwelchen Gründen nicht in den Nachlaß fließt¹⁾. Nach § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB müßte in diesem Fall die Unentgeltlichkeit verneint werden. Die Konsequenz hieraus wäre, daß eine Herausgabepflicht nicht bestehen würde, wenn der Erwerber nur gutgläubig gewesen ist²⁾. Andersherum wäre es auch möglich, daß die Voraussetzungen einer unentgeltlichen Verfügung gemäß § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB gegeben sind, während der Vorerbe bzw. Testamentsvollstrecker entgeltlich verfügt. Als Beispiel ist hier anzuführen, daß sich der Nachlaßverwalter mittels einer entgeltlichen Vereinbarung jemandem gegenüber verpflichtet, einem Dritten eine Schenkung zu leisten. In diesem Fall braucht der Dritte eine Bereicherungshaftung nach § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht fürchten, da er wegen der Entgeltlichkeit der Verfügung im Sinne des § 2113 Abs. 2 BGB trotz "Bösgläubigkeit" wirksam vom Berechtigten erwirbt.

Für die Entgeltlichkeit der Verfügung des Vorerben bzw. Testamentsvollstreckers kommt es somit darauf an, daß das Entgelt in den Nachlaß fließt. Dabei reicht es auch aus, wenn der Erbe oder Nacherbe die Leistung erhält, allerdings unter der Voraussetzung, daß er der einzige Erbe ist. Da er hier die Zuwendung im vollen Wert empfängt, ist er in seinem Recht nicht beeinträchtigt³⁾. Wenn das Entgelt in

1) Eine Ausnahme hiervon gilt nur dann, wenn bei der Verfügung eines befreiten Vorerben über einen Nachlaßgegenstand die Gegenleistung in dessen Vermögen gelangt (vgl. BGH NJW 1955, 1354; OLG Hamm NJW 1969, 1492; Bay OLG JR 1958, 179; OLG Braunschweig MDR 1956, 612). Der befreite Vorerbe ist schließlich befugt, die Substanz des Nachlasses zu verbrauchen (vgl. Kipp-Coing, a.a.O., § 49 IV 2 Fußn. 27, S. 215).

2) Vgl. § 2113 Abs. 3 BGB.

3) Zutreffend BGHZ 7, 277; RGZ 125, 242, 246; 159, 385, 388.

diesem Fall nicht in den Nachlaß gelangt, ist dies weniger erheblich, da die §§ 2113, 2205 BGB nicht so sehr den Schutz der Nachlaßgläubiger bezwecken, sondern den der eigentlichen Erben. Es versteht sich jedoch, daß die Unentgeltlichkeit einer Verfügung dann nicht ausgeschlossen ist, wenn nur einer von mehreren Erben bzw. Nacherben die Leistung empfängt¹⁾, da hierdurch dem Nachlaß insgesamt kein Vorteil erwächst. Hier taucht auch wieder das Problem der teilweise unentgeltlichen Verfügung auf. Verfügt der Vorerbe bzw. der Testamentsvollstrecker überwiegend entgeltlich, zum Teil aber auch unentgeltlich, könnte entsprechend der zu den §§ 531 und 816 BGB entwickelten Auffassung²⁾ dem Verfügungsempfänger das Recht zuerkannt werden, unter bestimmten Voraussetzungen den Differenzbetrag von Leistung und Gegenleistung durch eine weitere Zahlung auszugleichen. Diese früher vom RG³⁾ vertretene Ansicht wird heute durchwegs abgelehnt: auch bei einem Teilentgelt sei das ganze Rechtsgeschäft unwirksam⁴⁾. Als Begründung wird hierfür angeführt, daß der (Nach-)Erbe im Hinblick auf den Schutzzweck der §§ 2113 Abs. 2, 2205 Satz 3 BGB das volle Recht haben soll,

-
- 1) Meist wird aber schon mit der Annahme der Gegenleistung eine Genehmigung der übrigen Erben verbunden sein.
 - 2) Vgl. die obigen Untersuchungen S. 37 ff. und 87 ff.
 - 3) RG LZ 1932, 94.
 - 4) RG Recht 1945, 57; BGHZ 5, 173, 182; 7, 274, 279. Neuerdings auch BGH NJW 1972, 908 f. Ebenso Staudinger-Seybold, a.a.O., § 2113 BGB Rdnr. 19 b, 36; Staudinger-Dittmann, a.a.O., § 2205 BGB, Rdnr. 26; RGR-Kommentar, a.a.O., § 2113 BGB Anm. 30; Kipp-Coing, a.a.O., § 49 IV 2 b, S. 216; Lange, Erbrecht, a.a.O., § 26 IV 6 c, S. 237; Bartholomeyczik, Horst, Erbrecht. Ein Studienbuch, 9. Auflage, München 1971, § 41 VI 2 b aa, S. 273; v. Lübtow, Erbrecht, a.a.O., S. 896; Krawielicki, Unentgeltliche Verfügungen im Erbrecht, Gruch Beitr. 71, 113 ff., 125. A.A. Brox, a.a.O., § 26 IV 1 d, Rdnr. 487, S. 257.

vom Erwerber die Herausgabe gegen Rückerstattung der für ihn geleisteten Zahlung verlangen zu können. Dieser Lösungsweg führt aber zu unbilligen Ergebnissen, wenn die Gegenleistung um einen verhältnismäßig geringen Betrag den vollen objektiven Wert der Verfügung des Vorerben bzw. Testamentsvollstreckers nicht erreicht. In diesem Fall müßte bei einer unteilbaren Leistung der empfangene Gegenstand vom Erwerber ganz herausgegeben werden, während es den Interessen des (Nach-)Erben genügen würde, wenn der Erwerber für den unentgeltlichen Teil noch ein angemessenes Entgelt zahlen würde¹⁾. Ist im Hinblick auf § 139 BGB von den Parteien die Gültigkeit des entgeltlichen Teils gewollt, sollte - entsprechend den Ausführungen des BGH zu §§ 530 und 531 Abs. 2 BGB²⁾ - der Erwerber den unteilbaren Gegenstand besser nur unter der Voraussetzung herausgeben müssen, daß der unentgeltliche Charakter des Rechtsgeschäfts überwiegt³⁾. Die Praktikabilität dieser Auffassung wird im Fall der Aufteilbarkeit der Leistungen noch deutlicher, da hier eine gerechte Lösung entsprechend der Wertanteile von Entgelt und Unentgeltlichkeit ohne Schwierigkeiten gefunden werden kann. Es ist nicht einzusehen, warum der Erwerber ohne jeglichen Schutz bleiben soll und die Unwirksamkeit der Verfügung in vollem Umfang eintreten muß. Von einer rechtlich erheblichen Beeinträchtigung kann überhaupt nur dann gesprochen werden, wenn sich die Verfügung für den Nachlaß im Ergebnis wirtschaftlich ungünstig auswirkt und der Erbe bzw. Nacherbe in seinen Rechten tatsächlich beeinträchtigt ist⁴⁾. Die gleiche Argumentation muß aber auch für die Höhe der Beeinträchtigung gelten. Der Erbe bzw. Nacherbe ist daher in seinen Rechten im Rahmen der §§ 2113, 2205 BGB insoweit nicht beeinträchtigt, als durch die Gegenleistung ein wirtschaftlicher Vorteil dem Nachlaß zukommt. Außerdem braucht

1) Zutreffend Brox, a.a.O., S. 257.

2) BGHZ 30, 120 ff.

3) Ähnlich für den Fall des § 518 BGB Larenz Schuldrecht II, a.a.O., § 62 II c, S. 335; vgl. auch oben S. 43 ff.

4) Lange, Erbrecht, a.a.O., § 26 IV 6 c, S. 237; Staudinger-Seybold, a.a.O., § 2113 BGB Rdnr. 8.

nach diesen Bestimmungen für den Nacherben bzw. Erben nur der Wert des Nachlasses nicht jedoch die Substanz wie im Fall des § 2113 Abs. 1 BGB¹⁾ erhalten bleiben.

Zeitlich ist die Unentgeltlichkeit der Verfügung des Vorerben bzw. des Testamentsvollstreckers nach dem Augenblick der Vornahme zu beurteilen. Für die Frage der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung kommt es also auf den Moment des Vertragsabschlusses an²⁾. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Nacherbe durch eine unentgeltliche Verfügung beeinträchtigt ist; in diesem Fall ist der Eintritt des Nacherbfalles zeitlich maßgebend.

b) Subjektive Kriterien

Zur Bestimmung der unentgeltlichen Verfügung bzw. des ihr zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts darf nicht allein auf die objektiven Begriffsmerkmale zurückgegriffen werden. Denn auch der Wille der an der Verfügung Beteiligten ist maßgeblich, wenn es darum geht, die auf beiden Seiten in Betracht kommenden Leistungen zueinander in das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung zu setzen³⁾. Eine nur objektive Festlegung des Begriffs der unentgeltlichen Verfügung im Erbrecht hätte eine nicht zu verantwortende Ausdehnung des Tatbestandes zur Folge, was wiederum eine "nachteilige Isolierung des Nachlasses gegenüber dem sonstigen Rechtsverkehr"⁴⁾ nach sich ziehen würde. Leistung und Gegenleistung können daher objektiv durchaus wertmäßig differieren, ohne daß hieraus bereits auf die Unentgeltlichkeit des Rechtsgeschäfts geschlossen werden kann, wenn nur die Geschäftsparteien mit Rücksicht auf etwaige Umstände des Einzelfalles

1) Dazu RGR-Kommentar, a.a.O., § 2113 BGB Anm. 1; v. Lübtow, Erbrecht, a.a.O., S. 891.

2) Ebenso BGHZ 5, 183; Bay ObLG JR 1958, 179.

3) Im Ergebnis ähnlich Bay ObLG MDR 1956, 296 ff.

4) Krawielicki, Unentgeltliche Verfügungen im Erbrecht, a.a.O., S. 123.

die Leistungen als voll entgolten betrachten¹⁾.

Schwierigkeiten bereitet es, das richtige Maß der subjektiven Bestimmungsmerkmale herauszufinden. Außerdem ist die Frage zu klären, auf welche Personen diese Kriterien zu beziehen sind. Denkbar sind hier drei Möglichkeiten: die subjektiven Kriterien können bei beiden Parteien, also beim Verfügenden und beim Erwerber, oder auch nur bei einer Partei verwirklicht sein. Wie sich vor allem im Hauptfall der Schenkung zeigt, werden die subjektiven Merkmale in der Regel aller Fälle beim Verfügenden und beim Erwerber vorliegen. Maßgebliche Bedeutung kommt hierbei jedoch der Person des Verfügenden zu. Denn beim Erwerber ist zu beachten, daß ihn die Sicherung des Nachlaßbestandes nicht betrifft. Dies ist Aufgabe des verfügenden Vorerben oder Testamentsvollstreckers. Da dem Erwerber das Recht zugestanden werden muß, für sich vorteilhafte Rechtsgeschäfte abzuschließen, kann die Frage, ob ein Rechtsgeschäft als entgeltlich oder unentgeltlich zu beurteilen ist, nicht von dessen subjektiven Vorstellungen abhängig gemacht werden. Insoweit ist der Schutz des Nachlasses vor mißbräuchlichen Verfügungen als vorrangig gegenüber dem Interesse des Erwerbers einzustufen. Den Erwerber treffen daher die Rechtsfolgen einer unentgeltlichen Verfügung, selbst wenn er von der Nachteiligkeit der Verfügung für den Nachlaß nichts wußte oder wissen konnte²⁾.

Bei der Frage, auf welche Personen die subjektiven Kriterien zu beziehen sind, wurde bis jetzt immer auf die "Kenntnis" der Unentgeltlichkeit der Verfügung abgestellt. Im folgenden

-
- 1) So auch v. Lübtow, Erbrecht, a.a.O., S. 895. Allerdings geht dies nicht so weit, daß eine Zuwendung, für die der Leistende gar keine Gegenleistung erhält, dadurch entgeltlich wird, daß sie in dem irrigen Glauben an eine Gegenleistung bewirkt wird (RGZ 105, 249).
 - 2) Wenn auch ein Irrtum des Erwerbers über die Unentgeltlichkeit nicht geschützt ist, so greift im übrigen der Gutgläubensschutz beim Erwerb vom Vorerben gemäß § 2113 Abs. 3 BGB durch.

soll nun versucht werden, Grad und Maß der subjektiven Vorstellungen schärfer herauszuarbeiten. Bei einer unentgeltlichen Verfügung mit gültiger Kausalvereinbarung, z.B. einer Schenkung, sind sich die Vertragspartner darüber einig, daß der einen Leistung aus dem Nachlaß keine ausgleichende Gegenleistung an den Nachlaß gegenübersteht. In diesem Fall wissen beide Parteien positiv, daß der Nachlaß durch das vorgenommene Rechtsgeschäft gemindert wird. Fraglich ist aber, ob für eine unentgeltliche Verfügung das positive Wissen um die Unentgeltlichkeit überhaupt Voraussetzung ist oder ob nicht bereits fahrlässige Unkenntnis hiervon genügt.

Die herrschende Meinung¹⁾ beantwortet diese Frage, wenn auch ohne nähere Begründung, dahingehend, daß eine Verfügung nicht nur dann als unentgeltlich anzusehen ist, wenn der Verfügende positiv weiß, daß für die hingeebene Leistung keine gleichwertige Gegenleistung in den Nachlaß fließt. Die Unentgeltlichkeit eines vom Vorerben oder Testamentsvollstrecker abgeschlossenen Rechtsgeschäfts sei auch dann zu bejahen, wenn der Verfügende bei ordnungsmäßiger Verwaltung der Masse unter Berücksichtigung seiner künftigen Pflicht, die Erbschaft an die Nacherben herauszugeben, das Fehlen oder die Unzulänglichkeit der Gegenleistung hätte erkennen müssen²⁾. Die herrschende Meinung geht dabei davon

1) BGH FamRZ 1963, 426 f.; BGHZ 7, 274 ff.; 5, 173, 182; KG OLGZ 1968, 339; OLG Hamm OLGZ 1969, 403 ff.; RGZ 81, 364 ff.; 105, 248 f.; 125, 242, 245; 159, 385, 389; 81, 364 ff.; Staudinger-Seybold, a.a.O., § 2113 BGB Rdnr. 19 a; Staudinger-Dittmann, a.a.O., § 2205 BGB, Rdnr. 29; RGR-Komm.-tar, a.a.O., § 2113 BGB Anm. 21; Palandt-Keidel, a.a.O., § 2113 BGB Anm. 2 a, § 2205 BGB Anm. 3; Erman-Hense, a.a.O., § 2113 BGB Anm. 4; § 2205 BGB Anm. 8; Soergel-Siebert-Ehard-Eder, a.a.O., § 2113 BGB Rdnr. 5 ff.; § 2205 BGB, Rdnr. 6 ff.; Kipp-Coing, a.a.O., § 49 IV 2, S. 215; Lange, Erbrecht, a.a.O., § 26 IV 6 c, S. 237; Bartholomeyczik, a.a.O., § 41 VI 2 b, S. 272, § 42 V 4, S. 289; v. Lübtow, Erbrecht a.a.O., S. 894 f., 949; Brox, a.a.O., § 26 IV 1 d, S. 257.

2) Dazu RGZ 105, 246, 248.

aus, daß der Vorerbe wie der Testamentsvollstrecker zu selbständiger Verwaltung berechtigt, ja sogar verpflichtet ist. Wenn nun Verfügungen aus dem Nachlaß vorgenommen werden, dürfe zum Schutz der Erbmasse nicht die positive Kenntnis von der Unentgeltlichkeit der Verfügung allein ausschlaggebend sein. Als Korrektiv müsse verlangt werden, daß die Verfügungen des Vorerben bzw. des Testamentsvollstreckers im Rahmen der allgemeinen Verkehrsanschauung auf die Erfüllung der obliegenden Verwaltungsaufgabe gerichtet sind. Wenn der Gesetzgeber aber als Richtschnur die ordnungsmäßige Verwaltung der Erbmasse unter Anwendung der Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten vorschreibe, müsse sich dieses subjektive Kriterium insoweit auch auf die Auslegung des Begriffs der unentgeltlichen Verfügung auswirken. Denn nur dann, wenn beim von den gesetzlichen Beschränkungen nicht befreiten Vorerben bereits fahrlässige Unkenntnis für die Annahme der Unentgeltlichkeit genügt, sei das Postulat des § 2113 Abs. 2 BGB voll wirksam und der vom Gesetz gewollte Schutz des Nacherben sichergestellt. Für den Testamentsvollstrecker gelte das gleiche, nachdem die Sorgfaltspflicht entsprechend der des nicht befreiten Vorerben ausgestaltet ist¹⁾. Folglich müsse der Testamentsvollstrecker auch für Fahrlässigkeit einstehen. Dies würde bedeuten, daß der Testamentsvollstrecker bereits dann eine unentgeltliche Verfügung vornimmt, wenn er bei ordnungsmäßiger Verwaltung der Masse hätte erkennen müssen, daß keine oder keine gleichwertige Gegenleistung in den Nachlaß gelangt ist²⁾.

Die herrschende Meinung vermag in ihrer Begründung nicht zu überzeugen. Einmal wird übersehen, daß § 2113 Abs. 2 BGB auch für den befreiten Vorerben gilt, ohne daß dieser aber zu ordnungsgemäßer Verwaltung verpflichtet ist. Der befreite Vorerbe kann aber nur bei Schenkungen in Benachteiligungsabsicht zur Verantwortung gezogen werden. Im Hinblick auf die Klausel des

1) Es besteht jedoch der Unterschied, daß der Testamentsvollstrecker grundsätzlich für jedes Verschulden haftet (§§ 2219, 276 BGB).

2) Dazu Staudinger-Dittmann, a.a.O., § 2205 BGB Rdnr. 28 ff. mit weiteren Hinweisen bezüglich Rechtsprechung und Literatur.

§ 2136 BGB¹⁾ in Verbindung mit § 2131 BGB haftet der befreite Vorerbe nur für Vorsatz. Einen Fingerzeig in diese Richtung gibt auch § 2138 Abs. 2 BGB. Der Vorerbe macht sich hiernach schadensersatzpflichtig, wenn er die Erbschaft in der Absicht, den Nacherben zu benachteiligen, vermindert. Nachdem die unentgeltliche Verfügung nur eine besondere Form der Erbschaftsverminderung darstellt, kann für sie nicht etwas wesentlich anderes gelten. Aus dieser Haftungsregelung ist der Schluß zu ziehen, daß bei der Bestimmung der subjektiven Kriterien der unentgeltlichen Verfügung die bloße fahrlässige Unkenntnis nicht ausreichen²⁾ kann. Andererseits kann der Begriff der unentgeltlichen Verfügung für den "normalen" Vorerben nicht anders als für den befreiten Vorerben ausgelegt werden. Erfüllt der Vorerbe bzw. Testamentsvollstrecker die ihm obliegenden Verwaltungsaufgaben abweichend von den allgemeinen Maßstäben in unzureichender Weise, so braucht deswegen nicht die Fahrlässigkeit als subjektives Unentgeltlichkeitsmerkmal bemüht zu werden. Um den Umständen des jeweiligen Einzelfalles gerecht zu werden, genügt es, wenn, wie in den bisherigen Fällen³⁾, eine Willkürgrenze gezogen wird. Die Vorstellungen des Vorerben bzw. Testamentsvollstreckers können, selbst wenn von einer positiven Kenntnis der Unentgeltlichkeit nicht gesprochen werden kann, nämlich dann keine Beachtung finden, wenn das Wertverhältnis von Leistung und Gegenleistung von ihnen unter Mißachtung aller gültigen Maßstäbe falsch beurteilt wird.

1) Für den Testamentsvollstrecker vgl. die Parallelvorschrift des § 2207 Satz 1 BGB.

2) Gegenüber der herrschenden Meinung hegt auch Bartholomeyczik, a.a.O., § 41 VI 2 b aa, S. 272, Bedenken, ob die fahrlässige Unkenntnis des ungleichwertigen Ausgleichs bereits die Unwirksamkeit der Verfügung oder nur eine entsprechende Schadensersatzpflicht des Verwalters zur Folge hat. Vgl. auch die Einschränkung bei Lange, Erbrecht, a.a.O., § 29 VI 2 b, S. 307.

3) Zum vergleichbaren Problem im Rahmen des § 531 BGB siehe oben S. 44 ff.

III. Die Verfügung des Vorerben bzw. Testamentsvollstreckers ohne rechtlichen Grund

Die Rechtsprechung¹⁾ hat das Problem der rechtsgrundlosen Verfügungen für §§ 2113 Abs. 2, 2205 Satz 3 BGB analog zu § 988 BGB²⁾ bisher dahingehend entschieden, daß die causa-lose Verfügung des Vorerben der unentgeltlichen gleichzustellen ist. Dieser Auffassung ist im wesentlichen die Literatur³⁾ gefolgt, wenn auch ohne nähere Begründung. Eine eingehendere Äußerung zu der hier angeschnittenen Problematik findet sich jedoch bei Krawielicki⁴⁾, zu der im folgenden kritisch Stellung genommen werden soll.

Zunächst ist Krawielicki darin beizupflichten, daß der aus einer rechtsgrundlosen Verfügung erwachsende Kondiktionsanspruch nicht als Entgelt eingestuft werden kann. Denn inso- weit besteht kein Austauschverhältnis des Anspruchs mit der Leistung selbst. Zuzustimmen ist ihm ferner, daß aus

-
- 1) BGH Fam RZ 1963, 426 ff.; RGZ 105, 246, 248 f.; vgl. auch RGZ 163, 348 ff., 357.
 - 2) Näher hierzu oben S. 113 ff.
 - 3) Kipp-Coing, a.a.O., § 49 IV 2 c, 68 IV 2 a, S. 216, 295; Bartholomeyczik, a.a.O., § 412 b aa, S. 273; Brox, a.a.O., § 26 IV 1 d, Rdnr. 487, S. 257; v. Lübtow, Erbrecht, a.a.O., S. 896; Haymann, Zuwendung aus fremdem Vermögen, a.a.O., Jher Jb 77, 244; Liebisch, a.a.O., S. 51 f. Dagegen gibt Lange, Erbrecht, a.a.O., § 26 IV 6 c, S. 238, zu bedenken, daß der Verfügungsgegner bei § 2113 Abs. 2 BGB viel stärker als bei § 988 BGB durch die Gleichstellung der Rechtsgrundlosigkeit mit der Unentgeltlichkeit benachteiligt wird, da im Fall des § 2113 Abs. 2 BGB der Erwerb insgesamt unwirksam ist, während bei § 988 BGB der Besitzer nur die zusätzlichen Nutzungen nach Bereicherungsgrundsätzen herausgeben muß. Ohne Stellungnahme RGR-Kommentar, a.a.O., § 2113 BGB Anm. 21 ff.; Staudinger-Seybold, a.a.O., § 2113 BGB, Rdnr. 17 ff.; Staudinger-Dittmann, a.a.O., § 2205 BGB Rdnr. 26 ff.; Soergel-Siebert-Ehard-Eder, a.a.O., § 2113 BGB Rdnr. 5 ff., § 2205 BGB Rdnr. 6 ff.
 - 4) Unentgeltliche Verfügungen im Erbrecht, a.a.O., S. 156 ff.

der bloßen Feststellung, daß ein Bereicherungsanspruch nicht mit dem Entgelt gleichzusetzen ist, logisch nicht schon auf die Unentgeltlichkeit der Verfügung geschlossen werden kann. Schließlich erkennt Krawielicki auch richtig, daß die rechtsgrundlose Verfügung "jeder Entgeltbeurteilung entzogen" ist¹⁾. Nicht überzeugend erscheint aber nun seine Folgerung, daß dann, wenn der Erwerber einen zusätzlichen Vorteil in Gestalt der zwischenzeitlichen Nutzungs- und Verfügungsmöglichkeit erlangt, ohne hierfür ein Entgelt zu entrichten, eine unentgeltliche und damit gemäß §§ 2113, 2205 BGB unwirksame Verfügung vorliege, falls noch "bestimmte subjektive Voraussetzungen hinzutreten"²⁾. In allen Fällen, in denen die Vertragspartner ihre Leistungen bereits ausgetauscht haben, erbringt der Erwerber kein zusätzliches Entgelt für die ihm nunmehr zustehende Nutzungs- und Verfügungsmöglichkeit³⁾. Dies ist auch nur natürlich, da beide Parteien beim Vertragsschluß davon ausgegangen waren, daß ein gültiges Kausalgeschäft und gleichwertige Gegenleistungen zugrunde liegen. Daß für das Rechtsgeschäft eine causa nicht bestanden hatte bzw. weggefallen ist, kann nun nicht dafür angeführt werden, daß der Erwerber in der Nutzungs- und Verfügungsmöglichkeit einen Vorteil erlangt habe, der jedenfalls in objektiver Hinsicht die Unentgeltlichkeit und damit die Unwirksamkeit der Verfügung nach sich ziehen müsse. Kausale und abstrakte Rechtsgeschäfte sind ebenso wie ihre Rechtsfolgen streng auseinander zu halten. Fällt die causa eines Rechtsgeschäfts weg, kann deswegen nicht schon angenommen werden, daß sich der ursprünglich auf den Abschluß eines entgeltlichen Rechtsgeschäfts gerichtete Wille der Parteien entsprechend gewandelt hat. Ein entgeltlich abgeschlossenes Geschäft hat

1) Krawielicki, Unentgeltliche Verfügungen im Erbrecht, a.a.O., S. 159.

2) Krawielicki, Unentgeltliche Verfügungen im Erbrecht, a.a.O., S. 160.

3) Ebensowenig im übrigen auch dessen Vertragspartner.

auch in der Rückabwicklung als ein entgeltliches zu gelten, da sonst das betroffene Leistungsverhältnis nicht den ihm zukommenden Schutz findet¹⁾. Dies trifft auch dann zu, wenn mit Rücksicht auf die §§ 814, 815, 817 BGB der Bereicherungsanspruch weggefallen ist. Wenn Krawielicki hier die Unentgeltlichkeit damit begründet, daß der "Nachteil" nicht nur in der Verschaffung der Nutzungs- und Verfügungsmöglichkeit, sondern auch in der Zuwendung des Kapitals besteht, da jeder Rückgabeanspruch fortfällt²⁾, setzt er sich in Widerspruch zu seiner eingangs getroffenen richtigen Feststellung³⁾, daß der Bereicherungsanspruch nicht als Gegenleistung und Entgelt anzusehen ist.

Wie bei den §§ 816 Abs. 1 Satz 2, 822 und 988 BGB ist daher auch im Rahmen der §§ 2113 Abs. 2, 2205 Satz 3 BGB entgegen der herrschenden Meinung davon auszugehen, daß eine rechtsgrundlose Verfügung einer unentgeltlichen Verfügung nicht gleichgesetzt werden kann. Liegt einer Verfügung des Vor-erben oder Testamentsvollstreckers über einen zum Nachlaß gehörigen Gegenstand kein gültiges Kausalgeschäft zugrunde, ist die Verfügung damit nicht als unwirksam anzusehen. Die Rechtsbeziehungen zwischen Verfügendem und Erwerber ergeben sich dann zutreffenderweise nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung.

-
- 1) Vgl. hierzu die oben zu § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB und § 988 BGB, S. 92 Fußn. 2 und S. 115 Fußn. 2, zitierte Literatur.
 - 2) Krawielicki, Unentgeltliche Verfügungen im Erbrecht, a.a.O., S. 164 f.
 - 3) Krawielicki, Unentgeltliche Verfügungen im Erbrecht, a.a.O., S. 156.

Zweites Kapitel: Die beschränkte Verbindlichkeit unentgeltlicher Rechtsgeschäfte des Erblassers

I. Sicherung des Vertragserben bzw. Vermächtnisnehmers vor böswilligen Schenkungen des Erblassers

1. Sinn und Zweck der §§ 2287, 2288 Abs. 2 Satz 2 BGB

Auch bei Vorliegen eines Erbvertrags, der in der Regel aber nicht unbedingt unentgeltlich sein muß¹⁾, ist der Erblasser bei seinen Verfügungen unter Lebenden grundsätzlich frei. Nach den §§ 2287, 2288 Abs. 2 Satz 2 BGB darf er aber weder den Vertragserben noch den Vermächtnisnehmer durch böswillige Schenkungen benachteiligen²⁾. Trotz schuldrechtlich und dinglich wirksamer Übereignung können die Geschenke ähnlich wie bei § 822 BGB vom Beschenkten nach Kondiktionsrecht herausverlangt werden³⁾. Hierin zeigt sich wieder einmal die Schwäche der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte. Der Unterschied zwischen § 2287 BGB und § 2288 Abs. 2 Satz 2 BGB ist im wesentlichen darin zu finden, daß dem Betroffenen im Rahmen des § 2287 BGB ein Anspruch direkt gegenüber dem Beschenkten zusteht, während nach § 2288 Abs. 2 Satz 2 BGB die Haftung des Erben im Vordergrund steht. In letzterem Fall kann der Herausgabeanspruch gegen den Beschenkten nur subsidiär geltend gemacht werden, wenn vom Erben, der hier nicht selbst beeinträchtigt ist, kein Ersatz zu erlangen ist.

-
- 1) Z.B. wenn der vertraglichen Erbeinsetzung durch den Erblasser eine Gegenleistung des Vertragserben wie Unterhaltsgewährung gegenübersteht (vgl. Kipp-Coing, a.a.O., § 36 IV 1, S. 176 Anm. 14; Lange, Erbrecht, a.a.O., § 37 VII, S. 417 ff.; v. Lübtow, Erbrecht, a.a.O., S. 404).
 - 2) Eine Ausnahme hiervon besteht nur dann, wenn der Erblasser die §§ 2287, 2288 BGB dadurch ausgeschlossen hat, daß er sich laut Erbvertrag bei seinen Schenkungen freie Hand vorbehalten hat. (Vgl. Staudinger-Dittmann, a.a.O., § 2287 BGB Rdnr. 22. Die Disponibilität der Bestimmungen ist allerdings von RG Warn Rspr. 1918 Nr. 124 offengelassen worden).
 - 3) Nach herrschender Meinung tritt diese Rechtsfolge analog auch bei böswilligen Schenkungen des überlebenden Ehegatten ein, der durch die wechselbezüglichen Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments gemäß § 2271 Abs. 2 BGB gebunden ist (RGZ 77, 5; 58, 64; vgl. auch Kipp-Coing, a.a.O., § 35 III 4 e, S. 169).

2. Die Unentgeltlichkeit als Voraussetzung des Sicherungsanspruches

Nach den §§ 2287, 2288 Abs. 2 Satz 2 BGB ist der Vertragserbe bzw. Vermächtnisnehmer anspruchsberechtigt. Unter einem Vertragserben versteht man dabei einen Erben, der laut Erbvertrag vom Zuerstverstorbenen eingesetzt ist. Dabei spielt es formal keine Rolle, ob die Erbvereinbarung mit ihm selbst getroffen wurde oder ob sie sich auf ihn lediglich als Dritten bezieht. Liegt gleichzeitig ein Vor- und Nacherbschaftsverhältnis vor, findet der Vertrags- und Nacherbe nicht nur gemäß § 2113 Abs. 2 BGB, sondern vor allem durch § 2287 BGB Schutz vor ihm beeinträchtigenden, unentgeltlichen Verfügungen des Vorerben¹⁾. Entsprechendes gilt für den vertragsmäßig bedachten Vermächtnisnehmer. Er ist besonders schutzbedürftig, da ein Vermächtnis relativ leicht böswillig vereitelt werden kann²⁾. Maßgebliche Voraussetzung des Sicherungsanspruchs gemäß §§ 2287, 2288 Abs. 2 Satz 2 BGB ist das Vorliegen einer Schenkung. Seinem Wesen nach ist eine solche unentgeltliche Zuwendung objektiv dadurch bestimmt, daß der Zuwendungsempfänger aus dem Vermögen des Schenkers bereichert ist. Entscheidend ist dabei vor allem, daß auf die Zuwendung des Erblassers hin keine gleichwertige Gegenleistung seitens des Dritten in den späteren Nachlaß gelangt ist. Subjektiv muß hierzu die Einigung der beiden Vertragsparteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung³⁾ und darüber hinaus noch die Absicht des Erblassers hinzutreten, den Vertragserben bzw.

1) Wie hier auch OLG Celle, MDR 1948, 142.

2) Nach den §§ 2169 ff. BGB hängt die Wirksamkeit eines Sachvermächtnisses von der Zugehörigkeit des vermachten Gegenstandes zur Erbschaft ab (vgl. Palandt-Keidel, a.a.O., § 2169 BGB Anm. 1).

3) Dazu BGH Fam RZ 1964, 429 ff., 1963, 426.

bedachten Vermächtnisnehmer durch die Schenkungen zu beeinträchtigen¹⁾. Zumindest muß dem Erblasser bei seinen unentgeltlichen Zuwendungen das Motiv vorgeschwebt haben, daß hierdurch die Vorteile der testamentarischen Einsetzung für den laut Erbvertrag Bedachten wieder rückgängig gemacht werden könnten. Daß auch der Beschenkte die Beeinträchtigungsabsicht kennt, ist allerdings nicht erforderlich²⁾.

Der Sicherungsanspruch richtet sich nach den Grundsätzen, die für das Bereicherungsrecht gelten. Die §§ 2287, 2288 BGB beinhalten insoweit eine Rechtsfolgeverweisung. Der Berechtigte hat also die Möglichkeit, das Geschenk selbst herauszuverlangen; ist dies nicht möglich, kann er auf Wertersatz gemäß § 818 BGB bestehen oder auch die Herausgabe der empfangenen Surrogate fordern. Da sich die §§ 2287, 2288 Abs. 2 Satz 2 BGB tatbestandsmäßig auf eine Zuwendung beziehen, gelten die Bestimmungen nicht nur für eine Verfügung, sondern auch für ein unentgeltliches Verpflichtungsgeschäft³⁾.

3. Gemischte Schenkung

Bei einem Austausch objektiv nicht gleichwertiger Leistungen kommt es darauf an, welche Vorstellungen die Beteiligten beim Abschluß des Rechtsgeschäfts gehabt haben. War außer der objektiven Bereicherung auch subjektiv eine Schenkung hinsichtlich des Wertunterschieds der sich gegenüberstehenden Leistungen

1) Vgl. BGH Fam RZ 1957, 171 ff.; 1960, 145 ff. Vgl. auch Palandt-Keidel, a.a.O., § 2287 BGB Anm. 2 b; RGR-Kommentar, a.a.O., § 2287 BGB Anm. 4; Soergel-Siebert-Ehard-Eder, a.a.O., § 2287 BGB Rdnr. 1; Staudinger-Dittmann, a.a.O., § 2287 BGB Rdnr. 7 f.; Kipp-Coing, a.a.O., § 38 IV 2 a, S. 186; Lange, Erbrecht, a.a.O., § 37 II 2 a, S. 404; v. Lübtow, Erbrecht, a.a.O., S. 436; Bartholomeyczik, a.a.O., § 25 V 2 a, S. 134.

2) Es könnte dann aber die Haftungsverschärfung nach § 819 BGB eintreten.

3) Zutreffend OLG Celle MDR 1948, 142 mit im Ergebnis zustimmender Anmerkung von Kleinrahm, Kurt.

gewollt; liegt ein Fall der gemischten Schenkung vor¹⁾. Problematisch wird es meist, wenn es um Rechtsgeschäfte zwischen Verwandten oder Freunden geht. In diesen Fällen kann zwar der Verkehrswert der hingegebenen Leistungen von den Parteien nicht verändert werden; denn wenn ein Mehrwert festgestellt ist, bleibt es auch objektiv bei der Bereicherung. Möglicherweise war aber trotzdem keine gemischte Schenkung gewollt, sondern ein Freundschafts Kauf²⁾. In diesem Fall könnte kein Anspruch aus § 2287 BGB hergeleitet werden, da trotz des objektiv unterschiedlichen Wertverhältnisses von Leistung und Gegenleistung subjektiv die erforderlichen Voraussetzungen fehlen würden. Allerdings dürfen sich die subjektiven Vorstellungen der Vertragspartner nicht über alle Bewertungsmaßstäbe hinwegsetzen³⁾. Ein Rechtsgeschäft kann dann nicht als entgeltlich angesehen werden, wenn diese Beurteilung angesichts einer offensichtlichen Ungleichwertigkeit der ausgetauschten Leistungen völlig willkürlich ist.

Schwierigkeiten bereitet auch die Frage, wann der Beschenkte zur Herausgabe des geschenkten Gegenstandes verpflichtet ist und wann er nur den überschießenden Mehrwert abzuführen hat. Hier wird man auf die im Schenkungsrecht und zu § 816 BGB gefundene Lösung⁴⁾ zurückgreifen können, wonach der Beschenkte den geschenkten Gegenstand nur dann herausgeben muß, wenn der überwiegende Teil des Rechtsgeschäfts unentgeltlich ist; andernfalls kann lediglich der Mehrwert in Geld verlangt werden⁵⁾.

1) Hierzu näher oben S. 37 ff.

2) Vgl. oben S. 37 ff.

3) So im Ergebnis BGH Fam RZ 1964, 429 ff.; 1963, 426.

4) S. 44 ff. und 87 ff.

5) Vgl. BGH Fam RZ 1961, 73; BGH NJW 1953, 501 f.; RG 148, 239; 68, 328; 54, 110 f.; vgl. auch BGHZ 30, 120 ff., sowie Palandt-Keidel, a.a.O., § 2287 BGB Anm. 2 a; Staudinger-Dittmann, a.a.O., § 2287 BGB Rdnr. 19; a.A. OGH Köln, OGH 1, 258 ff.; 2, 160, 165; Kipp-Coing, a.a.O., § 38 III 1, S. 180; Lange, Erbrecht, a.a.O., § 37 II 2 Fußn. 12, S. 404.

4. Die rechtsgrundlose Verfügung des Erblassers

Bei der Beurteilung dieses Problems kann im wesentlichen auf die bereits an anderen Stellen gemachten Äußerungen¹⁾ Bezug genommen werden. Auch für die §§ 2287, 2288 Abs. 2 Satz 2 BGB gilt dabei, daß ein rechtsgrundloses Rechtsgeschäft einem unentgeltlichen nicht gleichzustellen ist. Denn die causalose Verfügung ist wertneutral und damit der Entgeltbeurteilung entzogen. Wenn die Parteien ein entgeltliches Geschäft vereinbart haben, ist dieser Parteiwille und die sich daraus ergebende Leistungsbeziehung zu respektieren. Der bloße Wegfall des Rechtsgrundes vermag an der Entgeltlichkeit der Vereinbarung nichts zu ändern, zumal im Rahmen der §§ 2287, 2288 Abs. 2 Satz 2 BGB das subjektive Moment in dem Tatbestandsmerkmal der Beeinträchtigungsabsicht besonders zum Tragen kommt. Im übrigen wirkt sich das Problem der Gleichstellung von Rechtsgrundlosigkeit und Unentgeltlichkeit hier nicht sonderlich aus, da der Kondiktionsanspruch in den Nachlaß zu rechnen ist und vom Vertragserben oder nach Abtretung vom Vermächtnisnehmer geltend gemacht werden kann.

II. Pflichtteilsschutz hinsichtlich der Schenkungen des Erblassers (§§ 2325 ff., 2329 BGB)

1. Die beschränkte Rechtsverbindlichkeit der unentgeltlichen Zuwendung im Rahmen des § 2325 BGB

a) Sinn und Zweck des Pflichtteilsergänzungsanspruchs gegen den Erben

Die §§ 2325 ff. BGB sind vom Gesetzgeber zum Schutz des Pflichtteilsberechtigten geschaffen worden, um ihn vor beeinträchtigenden Schenkungen des Erblassers zu schützen. Ohne eine derartige Sicherung könnte der Erblasser den Nachlaßbestand jederzeit durch unentgeltliche Zuwendungen herabmindern und

1) S. 89 ff.

damit den Pflichtteilsberechtigten hinsichtlich der Höhe der ihm zustehenden Quote benachteiligen. Entsprechend der gesetzlichen Sicherung des Vertragserben bzw. Vermächtnisnehmers durch die §§ 2287, 2288 Abs. 2 Satz 2 BGB¹⁾ soll der Schutz des Pflichtteilsberechtigten im Rahmen des § 2325 BGB aber nicht so weit gehen, daß der Erblasser keine Schenkungen vornehmen darf oder die vom Erblasser getätigten Rechtsgeschäfte gar unwirksam sind. Eine derartige Rechtsfolge verbietet sich schon aus Gründen der Sicherheit des Rechtsverkehrs, sowie der Verfügungsfreiheit des Eigentümers.

Der Pflichtteilsergänzungsanspruch entspricht in vielen Punkten dem Pflichtteilsanspruch des § 2303 BGB. Er stellt wie dieser ein vererbliches und übertragbares Forderungsrecht dar, dessen Entstehung vom Erbfall abhängt. Was die Begründung, Übertragung usw. anbelangt, gelten die Pflichtteilstvorschriften daher auch analog. Trotzdem kann der Pflichtteilsergänzungsanspruch nicht mit dem eigentlichen Pflichtteilsanspruch im Sinne der § 2303 ff. BGB gleichgesetzt werden. Dazu sind die Voraussetzungen für beide Ansprüche in einigen Punkten zu verschiedenartig: im Fall des § 2325 BGB hat der Berechtigte z.B. auch dann einen Anspruch auf die Ergänzung, wenn er wegen des Pflichtteils auf den Effektivnachlaß nichts verlangen könnte²⁾. Außerdem ist der Pflichtteilsergänzungsanspruch im Gegensatz zum Pflichtteilsanspruch aus § 2303 BGB nicht dadurch bedingt, daß der Berechtigte von der Erbfolge durch Verfügung von Todes wegen ausgeschlossen ist³⁾.

1) Die Vergleichbarkeit der §§ 2287 f. und 2325 f. BGB ergibt sich unter anderem auch aufgrund der Verjährungsregelung. Die Verjährungsfrist beträgt jeweils drei Jahre (§§ 2287 Abs. 2, 2332 Abs. 2 BGB). Zum Beginn der Verjährungsfrist bei zeitlich unterschiedlicher Kenntnisaufnahme von Schenkung und letztwilliger Verfügung, vgl. BGH NJW 1972, 760 f.

2) Zutreffend Staudinger-Dittmann, a.a.O., Rdnr. 8 vor §§ 2325 ff. BGB.

3) Dies ist heute wohl allgemein anerkannt, vgl. BGH FamRZ 1961, 272 ff.; FamRZ 1958, 460 ff.

b) Die Unentgeltlichkeit als Anspruchsvoraussetzung

Der Anspruch aus § 2325 BGB steht nur demjenigen zu, der abstrakt gesehen pflichtteilsberechtigt ist. Diese Berechtigung ist auch der Grund dafür, daß der Pflichtteilsberechtigte den Anspruch direkt geltend machen kann und der Betrag nicht in den Nachlaß fließt.

Der Anspruch geht davon aus, daß der Erblasser einem Erben, Pflichtteilsberechtigten oder sonstigen Dritten etwas zugewendet hat, ohne daß eine gleichwertige Gegenleistung in das Vermögen des Erblassers eingebracht worden ist. Maßgeblich ist dabei der Zeitpunkt der Vornahme der Zuwendung. Wie im Schenkungsrecht¹⁾ gilt auch hier, daß zu den objektiven Kriterien auch das subjektive Merkmal der Einigung beider Vertragsparteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung hinzutreten muß. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist im Fall des Pflichtteilsergänzungsanspruches auf die Leistungsbewertung beider Teile abzustellen²⁾. Wenn nämlich keine rein unentgeltliche Zuwendung gewollt wäre, käme es nur darauf an, inwieweit der Empfänger objektiv bereichert ist. Dieser sähe sich dann unter Umständen einem Anspruch ausgesetzt, mit dem er im voraus nicht rechnen konnte. Im übrigen geben die §§ 2325, 2329 BGB keinen Anlaß zu einer rein objektiven Auslegung. Die Bestimmungen sprechen von "Schenkung" bzw. "Beschenken", was darauf hindeutet, daß eine Schenkung im Sinne der §§ 516 ff. BGB gemeint ist. Für beide Vorschriften gilt daher, daß eine unentgeltliche Zuwendung nur dann vorliegt, wenn zum objektiven Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung noch das entsprechende Wissen und Wollen der Parteien hinzutritt. Eine Absicht ist allerdings nicht erforderlich; ebensowenig kommt es darauf an, ob der Schenker bei seiner unentgeltlichen Zuwendung die Absicht hatte, den Pflichtteilsberechtigten zu beeinträchtigen³⁾.

1) Siehe oben S. 31 ff.

2) Hierzu BGH NJW 1961, 604.

3) Dies ist bei den §§ 2287, 2288 Abs. 2 Satz 2 BGB Voraussetzung.

Nicht nur reine, sondern auch gemischte Schenkungen wie z.B. Übergabeverträge und andere Arten der vorweggenommenen Erbfolge, Lebensversicherungen und selbständige Stiftungen führen eine Pflichtteilsergänzung herbei. Die Frage, wann bei einer gemischten Schenkung die Zuwendung herauszugeben und wann Wertersatz zu leisten ist, wurde bereits bei den §§ 2287, 2288 Abs. 2 Satz 2 BGB erörtert¹⁾. Die Durchsetzbarkeit des Pflichtteilsergänzungsanspruchs hängt davon ab, daß im Zeitpunkt des Erbfalls noch keine zehn Jahre seit der Schenkung verstrichen sind. Bei einer unentgeltlichen Zuwendung an den Ehegatten des Erblassers ist dabei der Beginn der Frist erst ab der Auflösung der Ehe anzusetzen. Eine weitere Voraussetzung des Ergänzungsanspruchs besteht darin, daß der Erblasser durch die Schenkung nicht einer sittlichen Pflicht oder einer auf Anstand zu nehmenden Rücksicht entprochen hat. Insoweit deckt sich diese in § 2330 BGB normierte Bindung mit der des Schenkungsrechts in § 534 BGB.

Der Pflichtteilsergänzungsanspruch ist in erster Linie ein Geldanspruch. Er gibt dem Berechtigten eine Forderung gegen den Erben auf den Betrag, um den sich der eigentliche Pflichtteil²⁾ steigert, wenn die Schenkung der Erbmasse rein rechnerisch hinzugezählt wird. Die Erhöhung kann bei der Bezifferung des Pflichtteilsergänzungsanspruches natürlich dann nicht noch einmal in Betracht gezogen werden, wenn der verschenkte Gegenstand schon im Rahmen der §§ 2315, 2316 BGB in den Nachlaß eingerechnet war. Der Ergänzungsanspruch setzt aber einen aktiven Nachlaßbestand nicht voraus. Dem Erblasser wäre es sonst möglich, den Pflichtteilsberechtigten leer ausgehen zu lassen, indem er sein gesamtes Vermögen einfach verschenkt. Hat der Erblasser den Pflichtteilsberechtigten selbst beschenkt, muß die Schenkung im Falle eines Anspruchs auf Pflichtteilsergänzung ebenso wie das einem Dritten gemachte Geschenk bei der Feststellung des Nachlasses mitberücksichtigt werden. Gegenüber dem Ergänzungsanspruch ist

1) S. 145 f.; vgl. auch S. 45 f.

2) Im Sinne der §§ 2303, 2305 BGB.

3) § 2327 BGB.

lediglich der Erbe privilegiert, der selbst pflichtteilsberechtigt ist. Er hat das Recht, die Ergänzung des Pflichtteils zu verweigern, wenn dadurch sein Anspruch auf den Pflichtteil sowie dessen Ergänzung nicht realisiert würde. Bei einer rechtsgrundlosen Zuwendung des Erblassers an einen Dritten treffen die bereits oben¹⁾ gemachten Ausführungen zu. Auch hier besteht weder ein Anlaß noch eine Notwendigkeit, ein rechtsgrundloses Rechtsgeschäft mit einem unentgeltlichen gleichzustellen. Schließlich gehört der Bereicherungsanspruch gegen den Dritten zum Nachlaß, sodaß der Pflichtteilsberechtigte insoweit nicht beeinträchtigt ist.

2. Haftung des Beschenkten

a) Zweck und Rechtsnatur des gegen den Beschenkten gerichteten Pflichtteilsergänzungsanspruchs

Bei der Bestimmung des § 2329 BGB kommt die bereits mehrfach festgestellte beschränkte Rechtskraft unentgeltlicher Rechtsgeschäfte deutlich zum Ausdruck. Trotz einer obligatorisch und dinglich voll gültigen Schenkung kann der Beschenkte unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet sein, das erhaltene Geschenk an den Pflichtteilsberechtigten nach den Bereicherungsvorschriften herauszugeben. Obwohl sich Art und Umfang des Anspruchs aus dem Kondiktionsrecht ergeben, handelt es sich doch um einen Pflichtteilsergänzungsanspruch²⁾. Die frühere Auffassung³⁾, daß der Anspruch nach § 2329 BGB ein Anfechtungsrecht darstellt, wird heute mit Recht nicht mehr aufrechterhalten. Einmal fehlt es an der dinglichen Natur des

1) Siehe S. 89 und 145 f.

2) Zutreffend BGH FamRZ 1961, 272 ff.

3) Insbesondere Staudinger-Hersfelder, 10. Auflage, Vorbem. 12 zu §§ 2325-2329 BGB.

Anspruchs, zum anderen kommt es hinsichtlich des Schutzes der einzelnen Pflichtteilsberechtigten nicht auf deren Existenz im Zeitpunkt der Vornahme der Schenkung an¹⁾. Der wesentliche Unterschied gegenüber dem Anspruch aus § 2325 BGB besteht darin, daß der Anspruch aus § 2329 BGB gegen den Beschenkten gerichtet ist, während der Anspruch aus § 2325 BGB gegen den Erben geht. Ein weiterer Unterschied ergibt sich daraus, daß der Ergänzungsanspruch gegen den Beschenkten lediglich subsidiärer Art ist. Er greift nur dann ein, wenn der Erbe der Verpflichtung zur Pflichtteilsergänzung aus irgendeinem Grunde²⁾ entoben ist. Nur ausnahmsweise ist der Anspruch primär gegeben. Dies ist dann der Fall, wenn der Pflichtteilsberechtigte der alleinige Erbe ist. Die Folge hieraus ist, daß der Alleinerbe den Anspruch auf Ergänzung des Pflichtteils nur als Bereicherungsanspruch gemäß § 2329 BGB gegen den Beschenkten geltend machen kann³⁾.

b) Voraussetzungen und Inhalt des Anspruchs

Bedingung des Anspruchs aus § 2329 BGB ist, daß dem Berechtigten ein Anspruch auf Ergänzung seines Pflichtteils zusteht, ohne daß aber den Erben eine Verpflichtung zur Ergänzung trifft. Dies kann z.B. dann der Fall sein, wenn überhaupt kein Nachlaß mehr vorhanden ist, ebenso auch bei Nachlaßüberschuldung und beschränkter Erbenhaftung⁴⁾. Ist der

-
- 1) Der Pflichtteilsergänzungsanspruch ist auch nicht mit dem Anspruch aus § 528 BGB zu vergleichen. Grundlegend dazu Guthard, Karl Adolf, Der Anspruch auf Pflichtteilsergänzung gegen den Beschenkten, Diss. Marburg, 1929/30, S. 52.
 - 2) Z.B. wegen §§ 2328, 1975, 1990 BGB.
 - 3) Insoweit besteht eine Parallele zum Anspruch auf Zugewinnausgleich gemäß § 1390 BGB. Denn dem Berechtigten steht hiernach zwecks Zugewinnergänzung ein Kondiktionsanspruch gegen den Beschenkten hinsichtlich der erhaltenen unentgeltlichen Zuwendungen zu (vgl. oben S. 120 f.).
 - 4) §§ 1975, 1990, 2060 BGB.

Erbe, der aus den genannten Gründen zur Ergänzung des Pflichtteilsanspruchs nicht verpflichtet ist, zugleich der Beschenkte, so hat er gemäß § 2329 BGB für den Fehlbetrag einzustehen¹⁾. Der Ergänzungsanspruch nach § 2329 BGB ist außerdem dann von Bedeutung, wenn der abstrakt zum Pflichtteil Berechtigte gleichzeitig Alleinerbe ist. In diesem Fall bleibt nur die Möglichkeit, den Ergänzungsanspruch gegenüber dem Beschenkten geltend zu machen, wenn der Nachlaß den ergänzten Pflichtteil nicht deckt²⁾.

Wie bei § 2325 BGB muß der in Anspruch Genommene eine Leistung erhalten haben, ohne daß eine entsprechende Gegenleistung in den späteren Nachlaß gelangt ist. Hinsichtlich der Merkmale der Schenkung kann hier voll und ganz auf die Ausführungen bei § 2325 BGB verwiesen werden³⁾. Ebenso wie dort entfällt schon kraft Gesetzes⁴⁾ der Anspruch auf Pflichtteilsergänzung gegen den Beschenkten, wenn durch die Schenkung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wurde. Andererseits bezieht sich der Ergänzungsanspruch nicht nur auf eine, sondern auch auf mehrere Schenkungen, wenn der Erblasser noch weitere Zuwendungen an Dritte vorgenommen hat⁵⁾. Problematisch wird es, wenn der Erblasser mehrere Personen nacheinander beschenkt hat. In welcher Weise sollen hier die Beschenkten haften?

1) Auch in diesem Fall sind die Ansprüche aus §§ 2325 und 2329 BGB voneinander zu trennen, da sie einen unterschiedlichen Inhalt haben. Erst wenn die Haftung nach § 2325 BGB ausgeschlossen ist, haftet der Erbe als Beschenkter gemäß § 2329 BGB.

2) Nähere Angaben bei Staudinger-Dittmann, a.a.O., § 2329 BGB Rdnr. 11; Palandt-Keidel, a.a.O., § 2329 BGB Anm. 2.

3) Siehe oben S. 149 ff.

4) § 2330 BGB.

5) Allerdings läuft dann für jede Schenkung die Zehn-Jahresfrist des § 2325 Abs. 3 BGB getrennt.

Der Gesetzgeber hat diese Frage dahingehend beantwortet, daß unter mehreren Beschenkten der früher Beschenkte nur insoweit zur Ergänzung herangezogen werden kann, als den später Beschenkten keine Pflicht zur Ergänzung trifft, was z.B. dann der Fall ist, wenn er nicht mehr bereichert ist (§ 2329 Abs. 1 Satz 1 BGB in Verbindung mit § 818 Abs. 3 BGB). An der Regelung des § 2329 Abs. 3 BGB wird die gesetzgeberische Tendenz klar, mit dem Ablauf der Zeit den Schenkungen des Erblassers immer mehr Rechtsverbindlichkeit zukommen zu lassen, bis sich nach der Zehn-Jahresfrist die Verdichtung zu einem Vollrecht eingestellt hat. Daß das Gesetz immer den später Beschenkten begünstigt, trifft im übrigen in gleicher Weise auf das Verhältnis zwischen dem zur Pflichtteilsergänzung verpflichteten Erben und dem beschenkten Dritten zu. Theoretisch läßt sich das Problem dadurch noch weiter ausbauen, daß der Erblasser gleichzeitig mehrere Personen mit Schenkungen bedacht hat. Anders als bei der zu den §§ 530 ff. BGB gefundenen Lösung¹⁾ entspricht es hier durchaus dem Sinn und Zweck der Vorschriften über die Pflichtteilsergänzung, wenn sich der Anspruch des Berechtigten gegen den beschenkten Dritten anteilmäßig nach der jeweiligen Höhe der Schenkung richtet.

Der Pflichtteilsergänzungsanspruch des § 2329 BGB ist wie der des § 2325 BGB letztlich ein Anspruch auf Geld, auch wenn die Herausgabe des Geschenkes lediglich über das Kondiktionsrecht erreicht werden kann. Denn die Herausgabe kann nur zum Zweck der Befriedigung wegen des zu ergänzenden Betrages verlangt werden. Bei Geldgeschenken erfolgt die Befriedigung durch Zwangsvollstreckung auf Zahlung des Fehlbetrages²⁾, bei anderen Geschenken muß nach entsprechender

1) Vgl. oben S. 39 ff.

2) In diesem Fall entsprechen sich Anspruch und Herausgabepflicht (vgl. Staudinger-Dittmann, a.a.O., § 2329 BGB Rdnr. 28).

Bezifferung auf Duldung der Zwangsvollstreckung in den Gegenstand selbst geklagt werden. Der Höhe nach ist der Ergänzungsanspruch durch den Betrag festgelegt, der zur Ergänzung des Pflichtteils gefordert werden kann. Da das Bereicherungsrecht mit eingreift, kann, wie erwähnt, die Bereicherung wegfallen. Gibt der Beschenkte das Geschenk unentgeltlich an einen Dritten weiter, richtet sich der Anspruch dann gemäß § 822 BGB gegen diesen.

Besonders interessant ist in diesem Zusammenhang die Regelung des § 2329 Abs. 2 BGB. Hiernach hat der Beschenkte die Möglichkeit, den Herausgabeanspruch durch Zahlung des Fehlbetrages an den Ergänzungsberechtigten abzuwenden. Ähnlich wie bei § 1390 Abs. 1 Satz 2 BGB¹⁾ zeigt der Gesetzgeber mit dieser facultas alternativa einen Ausweg aus dem Dilemma auf, ob und wann der geschenkte Gegenstand oder der wertmäßige Teil der unentgeltlichen Zuwendung herauszugeben ist. Insbesondere für die gemischte Schenkung ergeben sich hieraus praktische Konsequenzen. Es muß nicht mehr wie sonst ermittelt werden, ob der unentgeltliche Teil des Rechtsgeschäfts überwiegt. Da der Ergänzungsanspruch in erster Linie sowieso nur einen Geldanspruch darstellt, kommt es lediglich darauf an, daß der Pflichtteilsberechtigte durch die Schenkung rein rechnerisch nicht benachteiligt wird. In diesem Ausnahmefall ist es dann auch gerechtfertigt, dem Beschenkten die Wahl zu überlassen, ob er den geschenkten Gegenstand gegen Rückerstattung des von ihm gezahlten Teilentgelts herausgeben oder nur den aus der Unentgeltlichkeit resultierenden Fehlbetrag bezahlen will.

Liegt eine rechtsgrundlose Zuwendung des Erblassers an einen Dritten vor, kommt auch im Rahmen des § 2329 BGB eine Gleichstellung von Rechtsgrundlosigkeit und Unentgeltlichkeit nicht in Frage²⁾. Denn der aus der causalosen Zuwendung des Erblassers herrührende Kondiktionsanspruch des Erben ist dem Nachlaßwert hinzuzurechnen, sodaß der Pflichtteilsberechtigte insoweit gedeckt ist.

1) Vgl. oben S. 120 ff.

2) Dazu insbesondere S. 89 ff.

Drittes Kapitel: Das unentgeltliche Rechtsgeschäft im Rahmen
der Bestimmungen über die Erbschaftsver-
äußerung

I. Sinn und Zweck der Regelung

Die §§ 2375 - 2385 BGB beziehen sich auf die Veräußerung einer Erbschaft oder eines Erbschaftsteils. Geregelt wird hierdurch die Haftung des Erbschaftsveräußerers für die Zeit vor der Veräußerung. Nach der Veräußerung kommen die allgemeinen schuldrechtlichen Bestimmungen¹⁾ zur Anwendung. Den Hauptfall der Veräußerung stellt neben dem Tausch der Kauf dar, wobei die rechtlichen Folgen dieselben sind, wenn die Erbschaft vom Erben selbst oder von zweiter Hand (§ 2385 Abs. 1 BGB) erworben wurde. Eine für unentgeltliche Rechtsgeschäfte typische Haftungsbeschränkung beinhaltet § 2385 Abs. 2 BGB hinsichtlich der Schenkung einer Erbschaft.

In § 2375 BGB sind eine Reihe von Haftungstatbeständen enthalten: Verbrauch, unentgeltliche Veräußerung oder Belastung eines Erbschaftsgegenstandes. Der Grund für diese Haftung ist auf Gewährleistungsgesichtspunkte zurückzuführen, d.h. der Erbschaftsverkäufer darf die Erbschaft nicht durch unentgeltliche Verfügungen verkleinern, er muß sie vielmehr auf dem gleichen Stand halten wie beim Erbanfall. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn der Erbschaftskäufer beim Kauf davon gewußt hätte, daß Erbschaftsgegenstände vorher unentgeltlich weggegeben wurden. Wird die Erbschaft vom Erben nicht verkauft, sondern an einen Dritten weitergeschenkt, so liegt hierin zwar ebenfalls eine Veräußerung. Anders als der Käufer wird aber der Beschenkte nicht für so schützenswert angesehen, daß der Schenker für diese unentgeltlichen Zuwendungen Ersatz leisten muß (§ 2385 Abs. 2 Satz 1 BGB).

1) Eingeschränkt durch die Gewährleistungsregelung in § 2376 BGB.

II. Begriff der unentgeltlichen Verfügung

1. Eingeschränkte Auslegung

Den §§ 2374 ff. BGB läßt sich entnehmen, daß der Erbschaftsveräußerer dem Käufer nur in einem verhältnismäßig eingeschränkten Rahmen haften soll¹⁾. Dies ergibt sich für den Erbschafts Kauf aufgrund der Regelung der Haftung nur für Verbrauch und unentgeltliche Verfügungen. Im Fall der Erbschaftsschenkung braucht der Schenker zudem lediglich für das arglistige Verschweigen eines Mangels eintreten.

Schließlich soll durch die Bestimmungen über die Erbschaftsveräußerung nicht, wie bei den §§ 2113, 2205 BGB, der Nachlaß erhalten und damit der Erbe geschützt werden. Mit der getroffenen Regelung versucht der Gesetzgeber vielmehr, dem mutmaßlichen Willen von Erbschaftsveräußerer und Erbschaftserwerber zu entsprechen. Damit wird klar, daß die für §§ 2113, 2205 BGB erarbeiteten Grundsätze nicht ohne weiteres auch auf § 2375 BGB angewendet werden können.

2. Objektive Kriterien

Hinsichtlich des Verfügungsbegriffs kann auf die bereits dargelegten Ausführungen²⁾ verwiesen werden. Was das Merkmal der Unentgeltlichkeit im Rahmen der Bestimmungen über den Erbschafts Kauf betrifft, ist hervorzuheben, daß die unentgeltliche Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand die Verpflichtung zum Wertersatz nach sich zieht. Hieraus läßt sich der Schluß ziehen, daß es für den Begriff der Unentgeltlichkeit darauf ankommt, ob der Nachlaßbestand durch die Verfügung im Zeitpunkt ihrer Vornahme objektiv beeinträchtigt ist. Denn sonst wäre es nicht notwendig, daß der Erbschaftsverkäufer für die vorgenommenen unentgeltlichen Rechtsgeschäfte Wertersatz leisten muß. Eine unentgeltliche Verfügung liegt somit dann vor, wenn wirtschaftlich gesehen keine aus-

1) Hierzu für viele Staudinger-Dittmann, a.a.O., § 2375 BGB Rdnr. 1 ff.

2) Siehe oben S. 6. Das Gesetz führt die Begriffe "Veräußerung" und "Belastung" nur beispielhaft auf.

gleichende Gegenleistung in den Nachlaß gelangt ist. Dies kann z.B. der Fall sein, wenn die Gegenleistung nicht dem Nachlaß, sondern einem Dritten zugeht. Maßgeblich ist hierbei, daß dem Nachlaß die Leistung eines Dritten auch nicht als Surrogat¹⁾ zuzurechnen ist, da sonst mangels Nachlaßbeeinträchtigung eine Unentgeltlichkeit nicht bestehen würde. Der hier umrissene Begriff der unentgeltlichen Verfügung gilt aufgrund des Sinnzusammenhangs in gleicher Weise für die Erbschaftsschenkung (§ 2385 Abs. 2 BGB) wie für den Erbschaftsverkauf.

Bei der Schenkung²⁾ wie beim Verkauf der Erbschaft taucht das Problem der teilweise entgeltlichen Gegenleistung wieder auf. Anders als in den bisherigen Fällen, wo sich der Grad der Gleichwertigkeit der sich gegenüberstehenden Leistungen immer auf das Schicksal des gesamten Rechtsgeschäfts auswirkte, macht die Beantwortung der Frage bei § 2375 BGB keine Schwierigkeiten. Soweit eine Gegenleistung erbracht wurde, fällt diese nach § 2374 BGB als Surrogat in den Nachlaß. In Höhe des gegenüber der Gegenleistung fehlenden Teils trifft den Erbschaftsverkäufer die Verpflichtung, dem Käufer insoweit Wertersatz zu leisten.

Es bleibt noch zu prüfen, ob unter den Begriff der unentgeltlichen Verfügung auch die unentgeltliche Zuwendung einer Nutzungs- oder Verfügungsmöglichkeit fällt. Man wird dies ebenso wie eine analoge Anwendung der § 2375 ff. BGB aus folgenden Gründen verneinen müssen. In § 2379 BGB ist gesetzlich festgehalten, daß der Erbschaftsverkäufer ein Recht auf die Nutzungen hat, die vor dem Verkauf angefallen sind³⁾. Er kann daher nach seinem Belieben über die Nutzungsmöglichkeit verfügen. Außerdem soll der Erbschaftskäufer durch § 2375 BGB nur vor unentgeltlichen Veräußerungen oder Belastungen geschützt werden, welche die Erbmasse in ihrem

1) § 2374 BGB.

2) Vgl. § 2385 Abs. 2 Satz 1 BGB.

3) Zum Ausgleich hat er dafür die Lasten bis zum gleichen Zeitpunkt zu tragen (§ 2379 Satz 2 BGB).

Kapitalbestand beeinträchtigen¹⁾). Das dürfte aber bei der unentgeltlichen Zuwendung über eine Nutzungs- oder Verfügungsmöglichkeit nicht der Fall sein, da der Erbe sonst wegen schlechter Verwaltung des Nachlaßbestandes haften müßte. Da dies im Gesetz nicht vorgesehen ist, scheidet für die Nutzungsfälle selbst eine entsprechende Anwendung der Bestimmungen über die Erbschaftsveräußerung aus.

3. Subjektives Bestimmungsmerkmal

Hinsichtlich des subjektiven Teils der unentgeltlichen Verfügung kommt es darauf an, ob sich Verfügender und Erwerber über die Unentgeltlichkeit der Verfügung einig sein müssen oder ob bereits die einseitige Kenntnis oder gar die fahrlässige Unkenntnis seitens einer Partei genügt.

§ 2375 Abs. 1 Satz 2 BGB bestimmt, daß eine Ersatzpflicht nicht eintritt, wenn der Käufer beim Abschluß des Erbschaftskaufs die unentgeltliche Verfügung kennt. Hieraus ist zu schließen, daß eine fahrlässige Unkenntnis des Verfügenden innerhalb der §§ 2375-2385 BGB nicht genügen kann. Es bestünde sonst für den Verkäufer der Erbschaft keine Möglichkeit, durch Mitteilung an den Käufer die Haftung auszuschließen. Entsprechend dem im Rahmen der §§ 2113, 2205 BGB gefundenen Ergebnis²⁾ reicht auch nicht die bloße einseitige Kenntnis des Verfügenden aus. Es besteht kein Grund, hier vom "Normalfall" abzugehen, daß auch der Erwerber von der Unentgeltlichkeit der Verfügung positiv gewußt haben muß³⁾.

4. Die rechtsgrundlose Verfügung des Erbschaftsveräußerers

Auch für den Erbschaftskauf kann nichts anderes gelten, als daß die rechtsgrundlose Verfügung des Erbschaftsveräußerers einer unentgeltlichen Verfügung nicht gleichgestellt werden

1) Hierzu Staudinger-Dittmann, a.a.O., § 2379 BGB Rdnr. 1.

2) Im einzelnen hierzu siehe oben S. 135 ff.

3) Ebenso Krawielicki, Unentgeltliche Verfügungen im Erbrecht, a.a.O., S. 175 f.

kann. Insoweit kann auf die oben¹⁾ bereits gemachten Ausführungen Bezug genommen werden. Als maßgebliches Argument ist dabei wiederum ins Feld zu führen, daß ein entgeltliches Rechtsgeschäft auch nach der Rückabwicklung mit Rücksicht auf den Vorrang der Leistungsverhältnisse und dem zugrundeliegenden Parteiwillen entgeltlich bleibt²⁾. Der Erbschaftskäufer muß sich somit auf die ihm vom Erbschaftsverkäufer abgetretene Kondiktionsforderung verweisen lassen.

1) Vgl. insbesondere oben S. 89 ff., 113 ff.

2) In diesem Zusammenhang fällt die widersprüchliche Argumentation Krawielickis auf, der bei den §§ 2113, 2205 BGB die rein objektive Beurteilung der rechtsgrundlosen Verfügung genügen läßt (a.a.O., S. 165), während er bei causallosen Verfügungen im Rahmen des § 2375 BGB das Fehlen der subjektiven Voraussetzungen hinsichtlich der Unentgeltlichkeit als Manko ansieht (a.a.O., S. 178) und hier eine Gleichstellung von rechtsgrundlosen und unentgeltlichen Verfügungen nicht für zulässig hält.

Zweiter Abschnitt: Das unentgeltliche Rechtsgeschäft im Recht der Schenkungsanfechtung

I. Zweck der Schenkungsanfechtungsbestimmungen

Die besonderen Bestimmungen der Schenkungsanfechtung, §§ 3 Abs. 1 Nr. 3 und 4, 11 Abs. 2 Nr. 3 AnfG (Einzelanfechtung) und 32 Nr. 1 und 2 KO (Konkursanfechtung) liegen eingebettet in den allgemeinen Regeln der Gläubigeranfechtung. Sie sind gekennzeichnet durch den Konflikt zwischen dem Schutzbedürfnis der Gläubiger und dem Grundsatz der Verkehrsfreiheit. Die Interessenkollision wird vom Gesetzgeber in der Weise gelöst, daß der Zuwendungsempfänger die Schenkung unter bestimmten Voraussetzungen wieder zurückgeben muß, damit die Befriedigungsmasse nicht verkürzt wird. Dem liegt der Gedanke zugrunde, daß der Beschenkte die Zuwendung billigerweise nicht auf Kosten der Allgemeinheit der Gläubiger behalten soll.¹⁾ Diese Ergänzungsverpflichtung verhilft dem Gläubiger zur Realisierung seiner Ansprüche. Auffallend ist hierbei, daß trotz der rechtsgeschäftlichen Wirksamkeit der Schenkung die Gläubigeranfechtung zum gemeinsamen Vorteil aller Konkursgläubiger (§§ 3, 37 KO) oder zugunsten einzelner Gläubiger (§ 7 AnfG)²⁾ durchgreift. Aus Billigkeitsgründen³⁾ muß der Anspruch der Gläubiger dahingehend gesichert werden, daß die unentgeltlichen Zuwendungen des letzten Jahres vor der Anfechtung bzw. Konkurseröffnung sowie die des Ehegatten der letzten beiden Jahre in die Befriedigungsmasse zurückgewährt werden⁴⁾. Hierin erweist sich wieder einmal die Schwäche des unentgeltlichen Rechtsgeschäfts. Während das Gesetz Rechte der Gläubiger, die sich auf entgeltliche Ge-

1) Ebenso BGH NJW 1972, 870 ff. Zur bereicherungsrechtlichen Grundstruktur der Gläubigeranfechtung vgl. Gerhardt, a.a.O., 162 ff.

2) Als Einrede (§ 5 AnfG) oder Rückgewährungsanspruch (§ 7 AnfG).

3) Vgl. dazu BGH WM 1964, 590 f.

4) Andererseits unterliegen auch unentgeltliche Zuwendungen der Anfechtung, die erst nach dem Konkurs vorgenommen wurden (§ 42 KO).

schäfte stützen, grundsätzlich schützt, sind unentgeltlich erworbene Rechte oft erheblichen Einschränkungen ausgesetzt, wenn verschiedene Interessen und Rechte auf dem Spiel stehen. Dies geht soweit, daß die Schenkungsanfechtung auch dann wirksam ist, wenn eine Geschäftskrise oder eine Benachteiligungsabsicht des Schuldners gar nicht vorliegt, wie dies für die §§ 30 und 31 KO Voraussetzung ist.

Der die Einzelanfechtung regelnde § 3 Abs. 1 Nr. 3 und 4 AnfG entspricht der Bestimmung des § 32 KO in Ausgestaltung, Sinn und Zweck derart, daß der Begriff der unentgeltlichen Verfügung für beide Bestimmungen einheitlich interpretiert werden kann. Das gleiche gilt auch für den in § 37 Abs. 2 KO auftauchenden Begriff der unentgeltlichen Leistung. Denn in dieser Vorschrift ist nur der Inhalt der auf den §§ 29 ff. KO und damit auch auf § 32 KO basierenden Rückgewährungsansprüche festgelegt, ohne daß damit das Wesen der Ansprüche modifiziert werden soll. Schließlich enthält § 37 Abs. 2 KO, ähnlich § 818 BGB, lediglich eine Begrenzung des Anspruchsinhalts unter besonderen Voraussetzungen.

Eine interessante, den §§ 816 Abs. 1 Satz 2, 822 BGB ähnelnde Regelung findet sich in § 11 Abs. 2 Nr. 3 AnfG. Nach dieser Bestimmung richtet sich die Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts auch gegen den Sonderrechtsnachfolger, wenn ihm der Anfechtungsgegenstand unentgeltlich zugewendet worden ist.

Eine Art "übertragene Schenkungsanfechtung" ist in den §§ 222 KO, 3 a AnfG enthalten. Durch diese Bestimmungen finden die Nachlaßgläubiger Schutz, wenn die Zugriffsmasse ohne Verschulden des Erben verkürzt wird und der Erbe hierfür nicht einzustehen braucht. In diesem Fall können die Pflichtteilsberechtigten, Vermächtnisnehmer und Auflagenempfänger von den Gläubigern hinsichtlich der empfangenen Zuwendungen haft-

bar gemacht werden¹⁾). Um diesen Schutz sicherzustellen, bedurfte es der gesetzlichen Gleichstellung mit einer unentgeltlichen Verfügung des Erben.

II. Der Begriff der unentgeltlichen Verfügung

1. Auslegung des Verfügungsbegriffs

Nach Sinn und Zweck der Schenkungsanfechtungsbestimmungen ist zum Schutz der Gläubiger eine extensive Auslegung des Begriffs der unentgeltlichen Verfügung angebracht. Speziell für den Begriff der Verfügung ergibt sich dabei folgendes:

In dem bisherigen Teil der Arbeit, der das bürgerliche Recht betraf, wurde die Verfügung als ein Rechtsgeschäft verstanden, durch das der Verfügende unmittelbar auf ein Recht einwirkt, indem er z.B. das Eigentum aufhebt, überträgt, belastet oder inhaltlich ändert²⁾. Diese "rechtsgeschäftliche" Auslegung des Verfügungsbegriffes ist für das Recht der Schenkungsanfechtung zu eng, wie sich aus dem Gesamtzusammenhang der §§ 1 ff. AnfG, 29 ff. KO und dem Schutzzweck der §§ 3 AnfG, 32 KO speziell ergibt. Mit dem Begriff Verfügung sind hier nicht nur Verfügungen im Sinne des materiellen Rechts, also Rechtsgeschäfte, die unmittelbar einen Rechtsverlust oder eine Rechtsänderung herbeiführen, sondern auch verpflichtende Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen gemeint.³⁾ Dies geht unter anderem bereits aus den gesetzlichen Bestimmungen selbst hervor. Der Gesetzgeber stellt in § 37 Abs. 2 KO nicht mehr auf den bei § 32 KO genannten Begriff der unentgeltlichen

1) Ist der Erwerber gutgläubig, haftet er nur soweit er bereichert ist; der bösgläubige Erwerber muß dagegen die empfangene Leistung voll zurückerstatten (§ 37 KO).

2) Siehe oben S. 6 ff.

3) RG Gruch Beitr. 49, 1092 ff.; LZ 1913, 562 f.; Jaeger-Lent-Weber, Konkursordnung mit Einführungsgesetzen, Kommentar, I. Band, 8. Auflage, Berlin 1958, § 29 KO Anm. 11, § 32 KO Anm. 1 ff.; Mentzel-Kuhn, Kommentar zur Konkursordnung, 7. Auflage, Berlin und Frankfurt/Main 1962, § 32 KO Anm. 3; Boehle-Stamschräder, Konkursordnung, 10. Auflage, München 1971, § 32 Anm. 2 a; ders., Gesetz, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens, 3. Auflage, München und Berlin 1967, § 3 Anm. III 1.

Verfügung ab, sondern bezieht sich auf den weiteren Begriff der unentgeltlichen Leistung, ohne daß damit aber etwas wesentlich anderes als bei § 32 KO ausgesagt sein soll¹⁾. Diese Auslegung stimmt im übrigen auch mit dem engem Sinnzusammenhang der beiden Vorschriften überein. Die Folge hieraus ist, daß unentgeltliche Verpflichtungen, wie etwa Leihe oder Schenkungsversprechen, anfechtbar sein können²⁾.

2. Objektive Kriterien der Unentgeltlichkeit

Die Unentgeltlichkeit läßt sich objektiv danach beurteilen, daß der verfügende Schuldner keine ausreichende Gegenleistung erhalten hat. Dies wird in der Regel dann zu bejahen sein, wenn der Zuwendende eine Vermögensminderung zu verzeichnen hat. Dabei muß die Gegenleistung z.B. im Fall des § 3 AnfG nicht unbedingt dem Schuldner gegenüber erbracht werden. Zur Begründung der Entgeltlichkeit genügt es, wenn die Gegenleistung vereinbarungsgemäß an einen Dritten gelangt³⁾. Es reicht auch bereits aus, daß der Leistungsempfänger verpflichtet ist, an einem Dritten zu leisten⁴⁾.

Wesentlich ist dabei, daß die unentgeltliche Verfügung nicht formalrechtlich nach Leistung und Gegenleistung zu beurteilen ist. Es kommt vielmehr darauf an, daß das ganze Rechtsgeschäft wirtschaftlich gesehen als eine einheitliche, unentgeltliche Verfügung aufgefaßt werden kann. Unter Umständen genügt bereits das wirtschaftliche Interesse, das ein Vertragspartner der empfangenen Leistung entgegenbringt, um ein Rechtsgeschäft als entgeltlich abzustempeln⁵⁾. Ein Rechtsge-

1) Ebenso Jaeger-Lent, a.a.O., § 37 KO, Rdnr. 25; Mentzel-Kuhn, a.a.O., § 37 KO Rdnr. 35; Böhle-Stamschräder, KO, a.a.O., § 37 12 a. Zum Begriff der Leistung vgl. im übrigen oben S. 10.

2) Dazu Jaeger-Lent, a.a.O., § 32 KO Anm. 9.

3) Vgl. Böhle-Stamschräder, AnfG, a.a.O., § 3 Abs. I Nr. 3 Anm. 1.

4) So BGH LM 138 BGB (Cd) Nr. 4; RGZ 112, 362 f., 368.

5) Eingehend zu diesen Fragen Kuhn, Georg, Die Rechtsprechung des BGH zum Insolvenzrecht, WM 1964, 998 ff., 1004.

schäft darf demnach im Hinblick auf die Frage der Anfechtung nicht in seine einzelnen juristischen Bestandteile zerlegt werden. Bei der Übereignung einer Sache ist z.B. der entgeltliche Erwerbsvorgang in seiner Ganzheit für das Anfechtungsrecht maßgeblich, nicht dagegen die aus Einigung und Übergabe bzw. Auflassung und Eintragung bestehenden Einzelbestandteile¹⁾. Von einer unentgeltlichen Verfügung kann im Recht der Schenkungsanfechtung danach nur dann gesprochen werden, wenn der Schuldner eine Leistung an eine andere Person weggegeben hat, ohne daß er hierfür einen wirtschaftlich gleichwertigen Vorteil erhalten hat²⁾.

Liegt nach diesen Grundsätzen objektiv und wirtschaftlich gesehen keine Gegenleistung vor, ist dem Interesse der Gläubiger der Vorrang gegenüber dem Interesse des Leistungsempfängers einzuräumen. Die Konsequenz daraus ist, daß trotz des rechtmäßigen Erwerbs die empfangene Leistung wieder zurückzugewähren ist. Maßgebender Zeitpunkt für die Frage, ob eine entgeltliche oder unentgeltliche Verfügung vorliegt, ist der Augenblick der Verfügungsvornahme bzw. der Erwerbsvollendung³⁾. Wird die Leistung später wertlos, kommt es auf diesen Zeitpunkt nicht mehr an: die vorgenommene Rechtshandlung kann nicht mehr angefochten werden.

Schwierigkeiten verursacht wieder die Bestimmung unentgeltlicher Verfügungen bei teilweisem Entgelt, d.h. wenn bei Austauschgeschäften die Leistung des Empfängers wesentlich geringer ist als die des Zuwenders und es auch beabsichtigt ist, daß der Empfänger den Mehrwert unentgeltlich erhalten

1) Vgl. OLG Schleswig, SchlHA 1963, 122.

2) Ähnlich definiert auch der BGH den Begriff der unentgeltlichen Verfügung in NJW 1972, 870 ff. und 1964, 1960; vgl. auch OLG Zweibrücken in OLGZ 1965, 304 ff., 308.

3) Bei der Schenkung eines Grundstücks ist als maßgeblicher Zeitpunkt die Eintragung im Grundbuch anzusetzen, da hierdurch der Eigentumserwerb vollendet wird (vgl. BGH BB 1955, 236).

soll¹⁾. Wie in früheren Teilen der Arbeit bereits ausgeführt²⁾, ist zunächst darauf abzustellen, ob das vorgenommene Rechtsgeschäft in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Teil zerlegt werden kann. Im Falle einer Aufteilungsmöglichkeit kann nach den §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 4 AnfG oder 32 KO der unentgeltliche Teil herausverlangt werden³⁾. Für den entgeltlichen Teil wäre nur dann an eine Anfechtung zu denken, wenn die Voraussetzungen der §§ 3, Abs. 1 Nr. 1, 2 AnfG bzw. der §§ 30 und 31 KO erfüllt sind. Kann das betreffende Rechtsgeschäft nach seinem wirtschaftlichen Zweck und den Vorstellungen und Zielsetzungen der Vertragsschließenden nicht in einen entgeltlichen und unentgeltlichen Bestandteil zerlegt werden, kommt nurmehr eine einheitliche Beurteilung des ganzen Rechtsgeschäfts in Betracht, wie es sich nach dem Willen der Parteien darstellt. Eine brauchbare Lösung des Problems bietet sich auch hier anhand des Wertverhältnisses zwischen überlassenem Gegenstand und Gegenleistung an⁴⁾. Übersteigt der unentgeltliche

-
- 1) Das Problem der teilweise unentgeltlichen Zuwendung wird auch von BGH NJW 1972, 871 angesprochen.
 - 2) Siehe oben S. 39 ff.
 - 3) Mentzel-Kuhn, a.a.O., § 32 KO, Anm. 11; RGR-Kommentar, a.a.O., § 516 BGB Anm. 25; allgemein dazu RGZ 148, 236 ff., 240.
 - 4) Ebenso BGHZ 30, 120 ff.; BGH NJW 1953, 501. RGZ 101, 99 ff.; HRR 1942, Nr. 424; Mentzel-Kuhn, a.a.O., § 32 KO, Anm. 11.; Böhle-Stamschräder, KO, a.a.O., § 32, Anm. 2 b; ders., AnfG, a.a.O., § 3 Anm. 8; RGR-Kommentar, a.a.O., § 516 BGB Anm. 25; vgl. auch Schmidt, a.a.O., S. 60 ff. und Ziegler, a.a.O., S. 42 ff. Staudinger-Ostler, a.a.O., § 516 BGB Rdnr. 30, erwägt ein Wahlrecht zwischen Herausgabe- und Differenzanspruch, während nach RGZ 165, 223 f. die gesamte gemischte Schenkung in der Regel anfechtbar sein soll.

Teil den entgeltlichen, erscheint der Erwerber grundsätzlich weniger schutzbedürftig. Gegenüber dem Rückgewährungsanspruch des Gläubigers kann er dann nur einen Erstattungsanspruch (§ 38 KO, 8 AnfG) hinsichtlich des Teilentgelts geltend machen. Anders ist die Interessenlage, wenn der unentgeltliche Teil des Rechtsgeschäfts nicht überwiegt. Jetzt wird man dem Gläubiger keinen Rückgewähranspruch mehr auf den aus der Zugriffsmasse weggegebenen Gegenstand zuerkennen können. Aufgrund des Schutzzwecks der Anfechtungsbestimmungen erscheint es unbillig, den Erwerber einem Schenkungsanfechtungsanspruch auszusetzen. In diesem Falle braucht er sich nur noch den Anspruch auf die Wertdifferenz gefallen lassen.

3. Subjektive Voraussetzungen

Im Schenkungsanfechtungsrecht kommt man bei der Bestimmung eines unentgeltlichen Rechtsgeschäfts mit den objektiven Kriterien allein nicht aus. Entgeltlichkeit liegt nicht schon dann vor, wenn der Leistende auch eine Gegenleistung erhält. Maßgeblich ist, ob sich Leistung und Gegenleistung nach den Vorstellungen der Vertragsschließenden¹⁾ wirtschaftlich und wertmäßig wenigstens einigermaßen entsprechen. Der Begriff des unentgeltlichen Rechtsgeschäfts ist dabei, wie bereits hervorgehoben, aufgrund des Zweckgedankens der Schenkungsanfechtung in einem relativ weiten Sinne²⁾ auszulegen. Es muß daher nicht wie bei § 516 BGB eine vertragliche Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit der Leistung vorliegen, ebenso auch nicht eine Bereicherung des Zuwendungsempfängers³⁾. Die §§ 3 AnfG und 32 KO haben auch nicht zur Voraussetzung, daß der Verfügende die Absicht hatte, den Empfänger zu begünstigen oder den Gläubiger zu benachteiligen. Unerheblich für die Bestimmung der Unentgeltlichkeit

1) Zutreffend RGZ 62, 38 ff., 44; 81, 364 f.; 165, 234; Jaeger-Lent, a.a.O., § 32 KO Anm. 1; Mentzel-Kuhn, a.a.O., § 32 KO Anm. 2; Böhle-Stamschräder, KO, a.a.O., § 32 Anm. 2 a; ders., AnfG, a.a.O., § 3 Anm. III 1, 3.

2) Ähnlich BGH NJW 1972, 871.

3) RGZ 92, 227 f.; 10, 87; Böhle-Stamschräder, KO, a.a.O., § 32 Anm. 2 a.

ist weiter der Beweggrund der Zuwendung. Entscheidend ist nur, daß das vorgenommene Rechtsgeschäft seinem von den Parteien vorgestellten Hauptzweck nach auf eine unentgeltliche Leistung gerichtet ist. Dabei ist der in § 63 Nr. 4 KO enthaltene Begriff der Freigebigkeit¹⁾ mit der Unentgeltlichkeit gleichzusetzen. Voraussetzung ist auch dort der Wille einer Partei, eine unentgeltliche Zuwendung zu erbringen. Diese Voraussetzung wäre z.B. bei einem Notverkauf weit unter Wert oder einem Liebhaberpreis für eine geringwertigere Sache nicht gegeben²⁾. Unentgeltlichkeit liegt auch nicht in analoger Form vor, wenn die Verfügung ohne Rechtsgrund erfolgt ist. Die einzelnen Leistungsbeziehungen und der jeweilige tatsächliche Parteiwille müssen schließlich auch im Rahmen der Schenkungsanfechtungsbestimmungen entsprechende Beachtung finden³⁾. Hinzukommt, daß dem Schuldner aufgrund des causallosen Rechtsgeschäfts ein Kondiktionsanspruch zusteht, der vom Anfechtungsgläubiger gepfändet werden kann. Ähnliches gilt auch für die Bereicherungsforderung des Gemeinschuldners, die in die Konkursmasse fällt und vom Konkursverwalter noch geltend gemacht werden kann.

III. Arten der unentgeltlichen Verfügungen

Im Hinblick auf die weite Fassung des Verfügungsbegriffs im Schenkungsanfechtungsrecht sollen kurz einige Arten und Beispielsfälle der unentgeltlichen Verfügung hervorgehoben werden⁴⁾. Wie oben schon dargelegt, sind begrifflich nicht nur rechtsändernde Geschäfte, sondern allgemein Rechtshandlungen einzubeziehen. Hinzukommen muß allerdings, daß einer

-
- 1) Wesentliche Bedeutung hat dieser Begriff im Schenkungssteuerrecht erlangt. Vgl. unten S. 179 ff.
 - 2) Dazu Jaeger-Lent, a.a.O., § 32 KO Anm. 1 mit weiteren Beispielen.
 - 3) Grundlegend zum Problem der rechtsgrundlosen Verfügung siehe oben S. 89 ff.
 - 4) Zur Vertiefung kann auf die eingehende Darstellung der Kasuistik bei Jaeger-Lent, a.a.O., KO § 32 Anm. 3, verwiesen werden.

Person auch tatsächlich ein Vorteil entstanden ist. Denn sonst würde es an der Person des Anfechtungsgegners fehlen, was das Scheitern des Anfechtungsanspruchs mit sich brächte.

1. Tilgung einer fremden Schuld

In den Fällen der Unentgeltlichkeit macht die Feststellung oft Schwierigkeiten, wer der richtige Anfechtungsbeklagte ist. Tilgt z.B. der Gemeinschuldner eine fremde Schuld (§ 267 BGB)¹⁾, ist die Gegenleistung des Gläubigers meist bereits darin enthalten, daß er durch die Zahlungsannahme seine Forderung gegenüber dem Gemeinschuldner aufgibt. Die Anfechtungsklage kann sich in diesem Fall nicht gegen ihn richten, sondern nur gegen den Gemeinschuldner, wenn dieser von seiner Verpflichtung freigeworden ist, ohne eine entsprechende Gegenleistung erbracht zu haben. War dagegen die Forderung des Gläubigers wegen tatsächlicher Uneinbringlichkeit wirtschaftlich wertlos, kommt der Gläubiger als Anfechtungsbeklagter in Frage. Denn der durch die Annahme der Zahlung bedingte Verlust der wertlosen Forderung kann nicht als ausgleichende Gegenleistung betrachtet werden. Hier kann nichts anderes gelten, als wenn der Gemeinschuldner eine Ausgleichsforderung erwirbt, die nichts wert ist²⁾. Es kommt somit auf die Umstände des Einzelfalles an, wann die Tilgung einer fremden Schuld durch einen Dritten eine unentgeltliche Verfügung im Sinne der Anfechtungsbestimmungen sein soll. Grundsätzlich ist aber festzuhalten, daß eine unentgeltliche Verfügung immer dann vorliegen wird, wenn eine fremde Schuld bezahlt wird, ohne daß eine Verpflichtung zur Tilgung bestand oder die Forderung überhaupt erworben werden sollte³⁾.

1) Entsprechendes gilt für die Schuldmitübernahme (§§ 414 ff. BGB).

2) Zutreffend BGHZ 41, 298 ff., 302.

3) Ausführlich hierzu RGZ 51, 415 f.

2. Sicherungsgeschäfte

Zunächst muß zwischen der Sicherung eigener und fremder Verbindlichkeiten unterschieden werden. Bei der Sicherung eigener Verbindlichkeiten ist zu prüfen, ob die Sicherung als Teil der vereinbarten Gegenleistung zu werten ist. Trifft dies zu, ist das Sicherungsgeschäft entgeltlicher Natur. Das gleiche gilt, wenn für die Sicherung nachträglich ein Entgelt, z.B. durch Herabsetzung des Zinssatzes, gewährt wird. Von Unentgeltlichkeit kann auch dann nicht gesprochen werden, wenn ein Darlehensnehmer sich gegenüber einem Dritten, der die Bürgschaft für den Kredit übernommen hat, wenigstens grundsätzlich zur Bestellung der Sicherheit verpflichtet und im Vollzug dieser Verpflichtung dem Darlehensgeber die Sicherheit bestellt hat¹⁾. Andererseits kann der Auffassung²⁾ nicht gefolgt werden, daß im Falle der Sicherung eigener Schulden Unentgeltlichkeit begrifflich ausgeschlossen sein soll. Die freiwillige Sicherung einer eigenen Schuld kann durchaus Schenkungscharakter tragen, wenn die allgemeinen Voraussetzungen der Schenkung nach § 516 Abs. 1 BGB gegeben sind, sodaß insoweit eine unentgeltliche Verfügung vorliegt und die Anfechtungsregeln Anwendung finden können. Was die Sicherung fremder Verbindlichkeiten anbelangt, wird es hier insbesondere darauf ankommen, was die Vertragsschließenden vereinbart haben. Wird die Sicherung gewährt, obwohl hierzu keine rechtliche Verpflichtung bestand, kann hieraus nicht auf eine unentgeltliche Verfügung geschlossen werden. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn dem Schuldner eine Sicherung erbracht wird, ein Rückgriff aber vertraglich ausgeschlossen ist, ebenso, wenn die Sicherung in Kenntnis der Mittellosigkeit des Schuldner

1) Ebenso BGH JZ 1954, 387 ff., mit kritischer Anmerkung von Böhle-Stamschräder JZ 1954, 389.

2) So RGZ 6, 85 f.; 9, 100 f., 103; 29, 227 ff., 300; LZ 1933, 1135 Nr. 1. A.A. RGZ 54, 284; Jaeger-Lent, a.a.O., § 32 KO Anm. 7; Böhle-Stamschräder, KO, a.a.O., § 32 Anm. 2 a; ders., AnfG, a.a.O., § 3 Anm. 6, wonach nach Lage des Einzelfalles zu entscheiden ist.

geleistet wird. Anders ist der Fall gelagert, wenn der Sicherungsgeber durch die Sicherungsbestellung einen Vorteil, wie z.B. die Stundung¹⁾ der Forderung einhandelt. Da man hier von einer Art Gegenleistung sprechen kann, wird richtigerweise die Entgeltlichkeit der Verfügung anzunehmen sein.

3. Gebrauchsüberlassung und nachträgliche Vergütung geleisteter Dienste²⁾

Nachdem der Begriff der Verfügung im Recht der Schenkungsanfechtung derart weitgespannt ist, daß nicht nur Verfügungen im strengen bürgerlich-rechtlichen Sinn, sondern auch Verpflichtungsgeschäfte jeglicher Art umfaßt werden³⁾, sind in den Tatbestand der §§ 3 Abs. 1 Nr. 3 und 4, 11 Abs. 2 Nr. 3 AnFG, 32 KO auch die Fälle der unentgeltlichen Gebrauchs- bzw. Nutzungsüberlassung einzubeziehen. Als Beispiele sind hier u.a. die zinslose Gewährung von Darlehen, die kostenlose Überlassung von Räumen sowie die Ausleihung fruchttragender Gegenstände zu nennen. Für den Anfechtungstatbestand ist allerdings Voraussetzung, daß durch die unentgeltliche Überlassung auf der einen Seite eine Ausgabenersparnis und auf der anderen Seite ein Einnahmeverlust hervorgerufen wird. Außerdem muß die betreffende unentgeltliche Überlassung im wirtschaftlichen Leben tatsächlich die Ausnahme bilden. Ob die nachträgliche Vergütung geleisteter Dienste als unentgeltlich zu werten ist⁴⁾, kommt auf die Umstände des Einzelfalles an. Für die Beantwortung der Frage ist dabei neben den objektiven Kriterien maßgeblich, von welchen Vorstellungen

1) So RGZ 54, 284.

2) Zum Verhältnis zwischen belohnender Schenkung und nachträglicher Leistungsentgeltung siehe oben S. 48 ff.

3) Hierzu oben S. 163 ff.

4) Ebenso RGZ 94, 322 ff., 324; 125, 380, 383. Eingehend dazu Jaeger-Lent, a.a.O., § 32 KO Anm. 1 a.

sich die Beteiligten leiten ließen. Wurde die nachträgliche Vergütung erbracht, nur um einer Anstandspflicht zu entsprechen, liegt in aller Regel ein unentgeltliches Rechtsgeschäft vor, allerdings mit der sich aus den §§ 3 Abs. 1 Nr. 3 Anfg und 32 KO ergebenden Einschränkung für Pflicht- und Anstandsschenkungen. Anders ist die Vergütung rechtlich zu beurteilen, wenn, wie im Arbeitsrecht häufig der Fall, durch die nachträgliche Zuwendung eine Leistung des anderen Vertragspartners entgolten werden soll. Hier besteht nur ein zeitlicher Zwischenraum zwischen den sich gegenüberstehenden Leistungen, der aber nichts an der Entgeltlichkeit des Rechtsgeschäfts ändert. Als Beispiele sind hierfür aus dem Arbeitsrecht vor allem die dem Arbeitnehmer gewährten Ruhegelder und Weihnachtsgratifikationen anzuführen¹⁾. Mag die Zuwendung auch freiwillig erbracht sein, ihrem Inhalt nach bedeutet sie eine zusätzliche Anerkennung für bereits erbrachte Leistungen. Da der Arbeitgeber hier aufgrund seiner Fürsorgepflicht tätig wird, sind die Voraussetzungen einer unentgeltlichen Leistung nicht gegeben. Der durch das Verhältnis von Dienst und nachträglicher Vergütung hergestellte entgeltliche Konnex findet seine Grenze nur dort, wo die spätere Zuwendung ihrer Höhe nach unter Berücksichtigung der betrieblichen Umstände unangemessen hoch erscheint. Entsprechend den bereits erörterten Willkür Gesichtspunkten²⁾ muß in einem solchen Fall von einer teil- unentgeltlichen Zuwendung gesprochen werden.

1) Vgl. BAG AP Nr. 22 und 69 zu § 611 BGB Gratifikation; BAG MDR 1968, 82 f.; BAG AP Nr. 102 zu § 242 BGB Ruhegehalt; BAG AP Nr. 2 zu § 518 BGB; RAG JW 1934, 377 f.; JW 1936, 3453.

2) Insbesondere oben S. 44 f.; vgl. auch oben S. 87.

IV. Die Schenkung zwischen Ehegatten im Anfechtungs- und Konkursrecht

Hatte der Ehegatte des Gemeinschuldners während der Ehe Gegenstände mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben, durfte er nach der bisherigen Bestimmung des § 45 KO die Aussonderung nicht beanspruchen. Diese Regelung ist aber durch Beschluß des BVerfG¹⁾ vom 24.7.1968 im Hinblick auf den durch Art. 6 Abs. 1 GG gewährleisteten Schutz von Ehe und Familie für nichtig erklärt worden. Nachdem die §§ 3 Nr. 4 AnfG und 32 Nr. 2 KO ähnlich wie § 45 KO für Ehegattengeschäfte eine Sonderregelung enthalten und für Schenkungen unter Ehegatten ein verschärftes Anfechtungsrecht geben, ist auch hier zu prüfen, ob diese Bestimmungen nicht im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 GG, nichtig sind.

Die Frage läßt sich nur durch eine Interessenabwägung beantworten. Auf der einen Seite sind die Gläubiger vor Vermögensverschiebungen der Ehegatten untereinander zu schützen, die für sie praktisch undurchschaubar sind und sie schädigen. Demgegenüber ist im Grundgesetz der Schutz von Ehe und Familie verankert. Art. 6 Abs. 1 GG verbietet dem Staat, den Bereich von Ehe und Familie irgendwie zu beeinträchtigen²⁾. Darüberhinaus gebietet die Norm sogar, geeignete Maßnahmen der Bewahrung und Förderung zu treffen³⁾. Für § 45 KO hat das BVerfG den Interessenwiderstreit mit der zutreffenden Begründung gelöst, daß eine Mithaftung des nichtschuldenden Ehegatten für die Schuld des anderen Gatten nicht gerechtfertigt ist. Da § 45 KO keine zeitliche Begrenzung sieht, ist auch das Übermaßverbot verletzt. Dies wird vor allem klar, wenn man bedenkt, daß die Bestimmung bisher auch dann

1) BVerfG NJW 1968, 1771.

2) BVerfG NJW 1957, 417 ff.

3) BVerfG NJW 1968, 1771.

angewendet werden konnte, wenn der Erwerb schon vor zehn Jahren stattgefunden hat und die Eheleute seit dieser Zeit getrennt leben. Der Ehemann hätte die Bestimmung des § 45 KO aber dadurch umgehen können, daß er den Gegenstand zunächst selber erwarb, um ihn dann jedoch seiner Frau zu schenken. In diesem Falle könnte auch eine Anfechtung gemäß §§ 3 Nr. 4 AnfG, 32 Nr. 2 KO im Hinblick auf die verstrichene Zwei-Jahresfrist nicht mehr durchgreifen.

Die zu § 45 KO vorgebrachten Nichtigkeitsgesichtspunkte könnten allgemein auch für die Ehegattenschenkungen im Rahmen der §§ 3 Nr. 4 AnfG, 32 Nr. 2 KO herangezogen werden. Denn beide Bestimmungen gehen nicht von einer häuslichen Gemeinschaft der Ehegatten als Voraussetzung aus. Eine Wirtschaftsgemeinschaft könnte durchaus auch mit anderen Personen, z.B. Kindern bestehen, sodaß die Gläubiger hierdurch in gleicher Weise gefährdet sein könnten. Wenn auch diese Argumente nicht von der Hand zu weisen sind, so ist doch zu bedenken, daß die Regelung der Schenkungsanfechtung tatbestandsmäßig in objektiver und subjektiver Hinsicht festgelegt ist. Außerdem sind vom Gesetz her zeitliche Beschränkungen berücksichtigt, sodaß insoweit nicht von einer Verletzung des Übermaßverbots gesprochen werden kann. Aufgrund der häuslichen Lebensgemeinschaft liegt es auch auf der Hand, daß der Gemeinschuldner bzw. Schuldner einer großen Versuchung ausgesetzt ist, zwei Jahre lang erhebliche Schenkungen an seinen Ehegatten vorzunehmen, um anschließend nach seinem Zusammenbruch hiervon unangefochten leben zu können. Insoweit ist die Existenz der Anfechtungstatbestände §§ 3 Nr. 4 AnfG, 32 Nr. 2 KO als durchaus gerechtfertigt anzusehen. Das BVerfG ist im übrigen im Rahmen seines Beschlusses über § 45 KO auch auf die Schenkungsanfechtung gemäß § 32 Nr. 2 KO eingegangen, ohne dabei an dieser Norm Kritik zu üben. Das BVerfG hat vielmehr die zeitliche und sachliche Abgrenzung des § 32 Nr. 2 KO der Unbestimmtheit des § 45 KO gegenübergestellt. De lege ferenda könnte aber daran gedacht werden, die Anfechtungstatbestände dahingehend zu erweitern, daß sie sich nicht nur auf die Ehe als typisches Beispiel, sondern generell auf eine häusliche Lebensgemeinschaft beziehen.

Dritter Abschnitt: Das unentgeltliche Rechtsgeschäft im Steuerrecht

Erstes Kapitel: Einzelne steuerliche Tatbestände und Rechtsfolgen der Unentgeltlichkeit

Im Steuerrecht findet sich der Begriff des unentgeltlichen Rechtsgeschäfts in verschiedenartiger Weise¹⁾, ohne daß ihm aber die Bedeutung wie in den bisher behandelten Rechtsgebieten zukommt. Eine maßgebliche Rolle spielt der Begriff lediglich im Schenkungssteuerrecht, worauf unten im einzelnen noch eingegangen wird. Aus dem übrigen Steuerrecht sollen im folgenden nur einzelne Erscheinungsformen der Unentgeltlichkeit herausgegriffen werden.

I. Betrachtungen aus dem Einkommensteuerrecht

Bei der Einnahmenermittlung im Einkommensteuerrecht stehen grundsätzlich die entgeltlichen Einnahmen im Vordergrund. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz bildet § 21 Abs. 2 EStG. Diese Bestimmung sieht vor, daß der Wohnungseigentümer, der seine Wohnung selbst bewohnt, insoweit auch einkommensteuerpflichtig ist. Der Grund dieser Regelung liegt darin, daß es hier um eine Nutzung geht, der ein Geldeswert zukommt, sodaß sie als Einkunftsart im Sinne des Einkommensteuerrechts²⁾ zu werten ist.

Im Falle der unentgeltlichen Wohnungsüberlassung gilt eine entsprechende Regelung. Der Unterschied besteht hier lediglich darin, daß die Einkünfte aus der Wohnungsnutzung nun nicht vom Wohnungseigentümer, sondern von demjenigen zu versteuern sind, dem die Wohnung überlassen worden ist. Diese

1) U.a. in §§ 21 Abs. 2 EStG; 7, 11 d EStDV; 2 Nr. 4 KVStG 1 ff.; 6 Abs. 2 Satz 2, 25 ErbStG. Zum umsatzsteuerlichen Entgeltbegriff vgl. Dürrwächter, a.a.O., NJW 1969, 645.

2) §§ 8, 9 EStG. Vgl. dazu Vetzberger, Klaus, Die unentgeltliche Übertragung einer Einkunftsquelle an einen nahen Angehörigen, DStR 1972, 231 ff.

Verlagerung der Steuerpflicht ist auch gerechtfertigt, da allein der Wohnungsbenutzer die tatsächliche Möglichkeit hat, aus der Überlassung originär Nutzungen zu ziehen. Daß der wirtschaftliche Vorteil der Eigennutzung dabei steuerlich angemessen ermittelt werden muß, ist Voraussetzung für die Gleichstellung mit einer echten Einnahme¹⁾. Korrelat der steuerpflichtigen unentgeltlichen Nutzungsüberlassung ist, daß der Wohnungsbenutzer alle auf die Nutzung zurückführenden Aufwendungen, wie z.B. Steuern, Versicherungen und Absetzungen für Abnutzung, als Betriebsausgaben oder Werbungskosten geltend machen kann. Entsprechende betriebswirtschaftliche²⁾ Gesichtspunkte treffen ebenso auf den Beschenkten und Erben zu. Auch wenn beim Erwerb selbst keine eigenen Aufwendungen angefallen sind, können trotzdem Absetzungen für Abnutzung berücksichtigt werden, deren Grundlage die Anschaffungs- oder Herstellungskosten des Rechtsvorgängers oder ein fiktiver Anschaffungspreis sein können.

Die gleichen Überlegungen könnten zu dem Schluß führen, die zinslose Gewährung eines Darlehens als steuerpflichtig anzusehen; die fiktiven Zinsen ließen sich dann als zu versteuernde Betriebseinnahmen heranziehen. Die Steuerpflicht müßte dabei in der Weise begründet werden, daß der Gläubiger auf eine betriebliche Forderung aus nicht betrieblichen Gründen verzichtet³⁾. Diese Konstruktion wird aber mit Recht als lebensfremd abgelehnt⁴⁾. Ein Verzicht, Betriebseinnahmen zu erzielen, kann grundsätzlich nicht als Betriebseinnahme gewertet werden. Aus demselben Grund ist auch die Einsparung

1) BFH vom 1.1.1957 BStBl III S. 68.

2) Hierzu Littmann, Eberhard, Das Einkommensteuerrecht, Kommentar zum Einkommensteuergesetz, 9. Auflage, Stuttgart 1969, § 2 EStG, Anm. 122.

3) Dies hebt Littmann, a.a.O., §§ 4, 5 EStG, Anm. 705, zutreffend hervor.

4) So RFH vom 27.5.1943 RStBl 594.

von Ausgaben nicht einem Einkommen gleichzusetzen. Wenn die bloße Möglichkeit, Einnahmen zu erzielen, nicht ausgeschöpft wird, kann hieraus noch keine Einkommensteuerpflicht hergeleitet werden.

II. Legaldefinition der Unentgeltlichkeit

Die zwischenzeitlich durch das Zollgesetz 1961¹⁾ und die damit zusammenhängenden Gesetze aufgehobene Verordnung über die Zollbehandlung von Geschenk- und Liebesgabensendungen aus dem Ausland (GLVO) vom 25.1.1951²⁾ enthielt eine Definition der Unentgeltlichkeit. Hiernach galten Warensendungen als unentgeltlich, wenn sie "ohne jede Gegenleistung in Geld, Waren oder Dienstleistungen" (§ 1 Abs. 1 GLVO) an den Empfänger ausgehändigt wurden. In dieser Fassung war die Unentgeltlichkeit aber nur rein objektiv gekennzeichnet, ein Hinweis auf die gleichfalls notwendigen subjektiven Voraussetzungen fehlte. Aus diesem Grund kann die Bestimmung nicht als erschöpfende, steuerrechtliche Legaldefinition der Unentgeltlichkeit herangezogen werden. Zwischenzeitlich ist die Vorschrift durch § 51 der Allgemeinen Zollordnung neu formuliert worden, wobei nunmehr lediglich der Ausdruck "Geschenke" ohne jede weitere Erläuterung gebraucht ist.

1) Zollgesetz vom 14. Juni 1961.

2) BGBl I, 277.

Zweites Kapitel: Das unentgeltliche Rechtsgeschäft im Schenkungssteuerrecht

Innerhalb des Steuerrechts kommt dem unentgeltlichen Rechtsgeschäft auf dem Gebiet des Erbschafts- bzw. Schenkungssteuerrechts die Hauptbedeutung zu. Eine Besonderheit dabei ist, daß das unentgeltliche Rechtsgeschäft, abgesehen von der Schenkung, begrifflich vor allem in der Form der freigebigen Zuwendung gesetzlich normiert ist. Allerdings taucht auch der aus dem bürgerlichen Recht bekannte Begriff der unentgeltlichen Zuwendung auf¹⁾, wobei sich aber die Frage stellt, inwieweit die Begriffe freigebige und unentgeltliche Zuwendung nicht synonym und allgemein als unentgeltliche Rechtsgeschäfte aufzufassen sind.

I. Der Begriff der Zuwendung im Schenkungssteuerrecht

1. Das bürgerliche Recht als Ausgangspunkt

Das Erbschaftssteuergesetz (ErbStG) basiert überwiegend auf dem bürgerlichen Recht. Das zeigt sich daran, daß es sich zum Teil sogar unmittelbar auf Begriffe und Tatbestände des bürgerlichen Rechts bezieht. Hinsichtlich ihres Inhalts und ihrer Bedeutung müssen diese Begriffe daher auch primär nach bürgerlichem Recht beurteilt werden²⁾. Etwas anderes gilt nur dann, wenn im ErbStG selbst eine andere Regelung enthalten ist bzw. steuerrechtliche Grundsätze zu einer anderen Auslegung führen.

1) § 6 Abs. 2 Satz 2 ErbStG.

2) Nach BFH vom 24.2.1961 BStBl III, S. 188 sind die Begriffe des bürgerlichen Rechts im Interesse der Rechtseinheit und -sicherheit auch für das Steuerrecht grundsätzlich so auszulegen, wie sie im BGB verstanden werden.

In § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG ist die Schenkung des bürgerlichen Rechts ausdrücklich aufgeführt. Hieraus läßt sich der Schluß ziehen, daß der Schenkungsbegriff des ErbStG grundsätzlich vom bürgerlichen Recht her zu verstehen ist¹⁾. Entsprechendes gilt für den steuerrechtlichen Begriff der Zuwendung. Auch hier kann auf die bürgerlich-rechtliche Begriffsbestimmung²⁾ Bezug genommen werden. Allerdings bestehen einige steuerrechtlich bedingte Unterschiede³⁾, auf die im folgenden näher eingegangen werden soll.

2. Schenkungssteuerrechtliche Abweichungen

Im Schenkungssteuerrecht spielt die Frage, ob ein Vorteil nur in Form einer erlaubten Handlung zugewendet werden kann, keine große Rolle⁴⁾. Der Steuerpflichtige darf nicht besser stehen, wenn er statt eines erlaubten ein unerlaubtes Rechtsgeschäft tätigt⁵⁾. Andernfalls hätte er es in der Hand, die Schenkungssteuer dadurch zu umgehen, daß er einem anderen durch unerlaubte Handlung einen vermögenswerten Vorteil verschafft, ohne ihn später zu kondizieren. Übereignet z.B. ein Ehemann zum Zwecke des ehebrecherischen Verhältnisses an seine Geliebte einen Sportwagen als "Liebeslohn", so ist dieses Rechtsgeschäft bürgerlich-rechtlich wegen Sitten-

1) Allgemein dazu BFH vom 2.10.1957, BStBl III, S. 449; RFH vom 2.5.1935 RStBl, S. 905.

2) Siehe oben S.7 ff.

3) Eine abweichende Auslegung der aus dem bürgerlichen Recht in das Steuerrecht übernommenen Begriffe ist jedoch die Ausnahme, vgl. Barske, a.a.O., S. 2249.

4) Dazu Jung, a.a.O., S. 32.

5) So die ständige Rechtsprechung, vgl. RFH vom 7.7.1920, III S. 173; vgl. auch Hübschmann-Hepp-Spitaler, Reichsabgabenordnung und Nebengesetze, Kommentar, 1.-5. Auflage, Köln 1965, § 5 StAnpG, Rdnr. 4 f.

widrigkeit unwirksam¹⁾. Trotzdem unterliegt die Schenkung solange der Schenkungssteuer, als die Zuwendung tatsächlich aufrechterhalten bleibt und nach Kondiktionsrecht nicht abgewickelt ist. Der steuerrechtliche Begriff der Zuwendung ist damit vom bürgerlich-rechtlichen dahingehend abzugrenzen, daß er eine vermögensrechtliche Vorteilsverschaffung zum Gegenstand hat, wobei diese sich auch auf unerlaubte und sittenwidrige Rechtsgeschäfte gründen kann, solange die Zuwendung vom Berechtigten nicht kondiziert ist.

II. Freigebigkeit und Unentgeltlichkeit

1. Objektive Merkmale

Im Schenkungssteuerrecht ist nicht so sehr der Begriff der Unentgeltlichkeit als vielmehr der der Freigebigkeit und zwar in der Formulierung "freigebige Zuwendung" von Bedeutung. Dieser Ausdruck, der im bürgerlichen Recht kaum²⁾ bekannt ist, hat gerade im Steuerrecht Geltung erlangt. Das Gesetz verlangt in § 3 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG als Voraussetzung für eine freigebige Zuwendung, daß der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird. Damit ist der Tatbestand der freigebigen Zuwendung in objektiver Beziehung umrissen. Die Zuwendung muß dem Bedachten tatsächlich eine Vermögensmehrung und damit eine Bereicherung erbracht haben. Fehlt es an dieser objektiven Voraussetzung, nützt es auch nichts, wenn nach dem Willen der Parteien eine Bereicherung vorliegt.

Der Vermögensvorteil kann dabei in verschiedenerlei Form, wie Besitzzeineräumung, Leistung Dritter, Schuldverlaß usw. zugeführt werden. Hinsichtlich der Frage, ob eine Bereicherung vorliegt, gelten bürgerlich-rechtliche Maßstäbe³⁾.

1) Hierzu BGHZ 20, 72 ff.; RGZ 111, 151 ff.; vgl. auch Soergel-Hefermehl, a.a.O., § 138 BGB, Anm. 103 ff.

2) Abgesehen von § 63 Nr. 4 KO. Dazu oben S. 168.

3) BFH vom 25.9.1953 BStBl III S. 308; vgl. auch RFH Band 29, S. 137 ff.

Es kommt dabei darauf an, ob der Bedachte etwas erhalten hat, worauf ihm nicht schon aufgrund seiner eigenen Leistung ein Anspruch zusteht. Hat er nur das bekommen, was ihm rechtlich zusteht, sind die Voraussetzungen der Bereicherung und damit der freigebigen Zuwendung nicht gegeben, da die Zuwendung durch die Gegenleistung des Bedachten ausgeglichen ist.

Nach § 3 Abs. 3 ErbStG werden nicht geldwerte Gegenleistungen bei der Feststellung, ob eine Bereicherung vorliegt, nicht berücksichtigt. Eine Zuwendung ist danach auch dann als unentgeltlich zu beurteilen, wenn ihr eine Gegenleistung gegenübersteht, die nicht in Geld veranschlagt werden kann¹⁾. Zum Unterschied dazu könnte die Zuwendung nach dem bürgerlichen Recht in diesem Fall als entgeltlich betrachtet werden²⁾.

Ein weiterer Unterschied zum bürgerlichen Recht besteht darin, daß ein adäquater Kausalzusammenhang schenkungssteuerrechtlich zwischen Zuwendung und Bereicherung nicht notwendig ist. Die freigebige Zuwendung braucht nicht aus dem Vermögen des Zuwenders herrühren; es genügt, wenn sie auf seine Kosten erfolgt. Dies ergibt sich bereits, wenn man den unterschiedlichen Wortlaut von § 3 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG und § 516 BGB vergleicht. Außerdem liegt der erbschaftssteuerrechtlichen Regelung gerade der Zweck zugrunde, durch die Erfassung von Zuwendungen, die nicht aus dem Vermögen des Zuwenders stammen, eine weiterreichende Wirkung als nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch zu erzielen.

2. Subjektive Voraussetzungen

Fehlen die objektiven Voraussetzungen, so ist klar, daß allein aufgrund der subjektiven Vorstellungen der beteiligten Personen das Vorliegen einer freigebigen Zuwendung nicht ange-

1) Die nicht geldwerten Gegenleistungen können aber bei der Prüfung der subjektiven Voraussetzungen Bedeutung erlangen (vgl. BFH vom 15.5.1953, BStBl III S. 199).

2) Zum bürgerlich-rechtlichen Zuwendungsbegriff siehe oben S.7 ff.

nommen werden kann. Sind die objektiven Kriterien einer freigebigen Zuwendung gegeben, ist zu prüfen, ob und welche subjektiven Merkmale noch hinzutreten müssen.

Früher wurde die Auffassung vertreten, daß die freigebige Zuwendung das Merkmal der Freiwilligkeit voraussetzt¹⁾. Diese These wird heute zu Recht nicht mehr aufrechterhalten²⁾. Denn wenn jemand seine Spielschulden bezahlt und damit rechtlich eine sogenannte natürliche Verbindlichkeit tilgt, geschieht dies zwar freiwillig, ohne daß dabei aber von Freigebigkeit gesprochen werden muß. Das gleiche gilt im übrigen auch für Zuwendungen zur Erfüllung einer auf Sitte und Anstand beruhenden Verpflichtung.

Schwieriger ist die Frage zu klären, ob zur freigebigen Zuwendung tatbestandlich ein Bereicherungswille gehört. Nach der Rechtsprechung³⁾ und einem Teil der Literatur⁴⁾ ist der Bereicherungswille begrifflich zum Tatbestand der freigebigen Zuwendung zu rechnen. Dieser Standpunkt hat in der Literatur allerdings mitunter entschiedene Ablehnung gefunden⁵⁾. Jung⁶⁾ begründet seine ablehnende Auffassung damit, daß Fälle denkbar sind, bei denen eine Vorteilszuwendung ohne Gegenleistung vorliegt, wobei die Zuwendung nicht freigebig sein muß. Er bringt dabei unter anderem das Beispiel der "Zuwendung eines Gegenstandes an einen mißliebigen

1) So RFH Band 5, 72 f.; 6, 183 ff.

2) Dazu BFH vom 24.1.1952 BStBl III S. 45; vgl. auch Höring, a.a.O., S. 114 f.; Jung, a.a.O., S. 34 f.

3) BFH vom 25.9.1953 BStBl III S. 308; BFH vom 1.7.1955 BStBl III S. 231.

4) Kapp, Reinhard, Das Erbschaftssteuergesetz, 3. Auflage, Hannover-Wülfel 1970, § 3 Anm. 1 a, S. 103 f.; Megow, Heinrich, Erbschaftssteuergesetz, 5. Auflage, Berlin und Frankfurt 1969, § 3 Anm. II 4, S. 106; Model, Otto, Kommentar zum Erbschaftsteuer-Gesetz, Köln 1949, § 2 Anm. A.

5) Jung, a.a.O., S. 37 f., 45 f.; Höring, a.a.O., S. 114 f.

6) A.a.O. S. 38.

Beamten, um diesen dem Verdacht der Bestechung auszusetzen und dadurch unmöglich zu machen"¹⁾. Hier handle der Zuwendende offensichtlich nicht mit Bereicherungswillen, sondern mit der Absicht der Schädigung, die mit dem Bereicherungswillen aber unvereinbar sei. Jung scheint hier Ursache und Wirkung zu verwechseln. Denn auch in dem von ihm gebrachten Beispiel hat der Zuwendende das Bewußtsein, daß die Zuwendung für den Empfänger unentgeltlich ist und dieser durch die Zuwendung zunächst bereichert wird. Der mit der Zuwendung verfolgte tiefere Zweck, den Empfänger zu schädigen, ändert an der Freigebigkeit der Zuwendung nichts mehr und ist nur sekundärer Natur. Es ist ja auch in vielen Fällen so, daß der eigentliche Zweck einer Zuwendung darin besteht, daß nachfolgend dem Zuwendenden hieraus ein persönlicher Vorteil erwächst. Es besteht somit kein Grund, davon abzugehen, daß die freigebige Zuwendung subjektiv einen Bereicherungswillen des Zuwenders voraussetzt. Dieser liegt vor, wenn der Vorteil des anderen beabsichtigt ist und sich die Beteiligten der Bereicherung und ihrer Rechtsfolge bewußt sind²⁾.

Die Schenkung des bürgerlichen Rechts hat begrifflich zur Voraussetzung, daß sich Schenker und Empfänger über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung einig sind³⁾. Auch die freigebige Zuwendung gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG beinhaltet ein subjektives Moment hinsichtlich der Unentgeltlichkeit der Zuwendung. Die Unentgeltlichkeit ist hier so zu verstehen, daß jemand eine Leistung erbringt, ohne hierzu verpflichtet zu sein und ohne eine entsprechende Gegenleistung zu erwarten.

1) A.a.O. S. 37.

2) Dies ist in der Regel dann der Fall, wenn ein zinsloses Darlehen gewährt oder ein Gesellschaftsanteil unentgeltlich übertragen wird.

3) Siehe oben S. 31 f.

Anders als bei der bürgerlich-rechtlichen Schenkung ist der Wille zur Unentgeltlichkeit in § 3 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG mit dem Adjektiv "freigebig"¹⁾ umschrieben.

Die bisherigen Erörterungen haben ergeben, daß eine freigebige Zuwendung dann vorliegt, wenn jemand einem anderen objektiv einen Vermögensvorteil zuführt und der Zuwendende diese Bereicherung auch subjektiv will. Der bloße Wille zur Bereicherung reicht dabei aus, eine Bereicherungsabsicht braucht nicht vorhanden zu sein²⁾. Allerdings genügen Maßnahmen und Annahmen allein nicht, um auf das Vorliegen eines Bereicherungswillens schließen zu können. Hinsichtlich der subjektiven Voraussetzungen legt die Rechtsprechung³⁾ an die Nachweispflicht der Finanzverwaltungsbehörden und die Aufklärungspflicht der Finanzgerichte relativ strenge Maßstäbe an. In jedem Einzelfall muß der Bereicherungswille konkret festgestellt werden. Damit steht auch der Unterschied zwischen Schenkung und freigebiger Zuwendung fest. Die Schenkung hat subjektiv zum Inhalt, daß sich Schenker und Beschenkter über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung einig sind. Die freigebige Zuwendung setzt eine Einigung nicht voraus; es genügt, wenn lediglich der Zuwendende den Willen zur Bereicherung hat⁴⁾. Daraus ergibt sich, daß jede bürgerlich-rechtliche Schenkung gleichzeitig eine freigebige Zuwendung gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG ist. Begrifflich

-
- 1) Nach Burckhard, Hugo, Zum Begriff der Schenkung, Erlangen, Festgabe für Ernst Immanuel Bekker, 1899, S. 26 f., ist dieser Ausdruck auf den deutsch-rechtlichen Begriff der Liberalität zurückzuführen.
 - 2) Vgl. BFH vom 25.9.1953 BStBl III S. 308; BFH vom 1.7.1955, BStBl III S. 231.
 - 3) Insbesondere BFH vom 29.1.1964 BStBl III S. 202; vgl. auch FG München vom 28.9.1967 EFG 1968, S. 70 f.
 - 4) Z.B. wenn er als Dritter eine einbringliche Schuld tilgt.

ist die Schenkung damit ein Unterfall der hinsichtlich der subjektiven Kriterien weiter gefaßten freigebigen Zuwendung. Hinsichtlich der zahlreichen Anwendungsfälle der freigebigen Zuwendung kann auf die Darlegungen bei Jung¹⁾ und Kapp²⁾ sowie die dort zitierte Rechtsprechung Bezug genommen werden.

III. Die teilweise freigebige Zuwendung

1. Bürgerlich-rechtliche Grundsätze

Wie bei der gemischten Schenkung³⁾ kann eine freigebige Zuwendung auch in der Weise ausgestaltet sein, daß die ausgetauschten Leistungen objektiv und subjektiv in einem augenfälligen Mißverhältnis zueinander stehen. Die freigebige Zuwendung besteht hier in dem Mehrwert der einen Leistung gegenüber der anderen. Dieser Wert, um den der Empfänger der Zuwendung bereichert ist, wird nicht nach steuerrechtlichen Bewertungsgrundsätzen ermittelt. Maßgeblich sind die privaten Vorstellungen der Vertragsparteien, wie ihre gegenseitigen Leistungen bewertet werden sollen. Es ist also nach bürgerlich-rechtlichen Gesichtspunkten zu untersuchen, ob eine freigebige Zuwendung vorliegt. Die Anwendung anderer Grundsätze würde sonst zu einer unscharfen und wechselhaften Auslegung des Begriffs führen⁴⁾. Steuerrechtliche Bewertungsmaßstäbe greifen nur bei der Frage ein, ob und in welcher Höhe die freigebige Zuwendung steuerpflichtig ist.

2. Objektive Feststellung des Restwerts und Bereicherungswille

Welcher Teil einer Zuwendung unentgeltlich ist, läßt sich durch Vergleich der einander gegenüberstehenden Leistungen ermitteln. Stehen sich zwei ungleichwertige Leistungen gegenüber, ist die eine Partei objektiv um den Differenzbetrag von Leistung und Gegenleistung bereichert. Ausgangspunkt ist

1) A.a.O. S. 48 ff.

2) A.a.O. § 3 Anm. 2, S. 111 ff.

3) Grundsätzlich zur gemischten Schenkung siehe oben S. 37 ff.

4) Vgl. BFH vom 25.9.1953 BStBl III S. 308, ebenso Megow, a.a.O., § 3, S. 114f.

dabei der am Stichtag festgestellte gemeine Wert. Da es den Vertragsschließenden freisteht, zu welchen Konditionen sie ein Rechtsgeschäft abschließen, gelten für sie nicht die steuerlichen Bewertungsvorschriften, die sich im übrigen nur auf Durchschnittsschätzungen beziehen. Bei der Wertermittlung kann allerdings ein Liebhaberwert nicht berücksichtigt werden. Es kommt in einem solchen Fall auf den Wert an, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr ausgehandelt wird.

Ist der Mehrwert objektiv festgestellt, bleibt noch zu untersuchen, ob insoweit die Zuwendung und damit die Bereicherung tatsächlich gewollt war. Auch bei dieser Frage kommt es in erster Linie nicht auf die steuerrechtlichen, sondern bürgerlich-rechtlichen Bewertungsgrundsätze an. Wenn einer Zuwendung objektiv überhaupt keine Gegenleistung gegenübersteht, ist es verhältnismäßig leicht, in diesem Fall auch die notwendigen subjektiven Voraussetzungen festzustellen. Schwieriger wird es, wenn die sich gegenüberstehenden Leistungen einander annähernd gleichwertig sind. Hier kommt es maßgeblich auf die subjektiven Vorstellungen der Parteien an. Tauscht jemand z.B. einen wertvolleren Gegenstand gegen einen objektiv geringwertigeren ein, der für ihn aber aus irgendeinem plausiblen Grund gleichwertig ist, muß das Vorliegen einer auch teilweise freigebigen Zuwendung verneint werden. Allerdings darf der Parteiwille nicht so weit gehen, daß rein willkürlich über die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit einer Zuwendung entschieden wird. Der bloße Wille, eine unentgeltliche Zuwendung vorzunehmen, muß bedeutungslos bleiben, wenn tatsächlich ein Entgelt gewährt worden ist. Insoweit greift auch im Schenkungssteuerrecht die Willkürschranke ein. Ein anderer Fall ist der, daß jemand eine Leistung in der irrigen Meinung erbringt, hierzu verpflichtet zu sein. Auch hier liegt eine freigebige Zuwendung nicht vor, da es an der subjektiven Voraussetzung

des Bereicherungswillen fehlt¹⁾.

Für die teilweise freigebige Zuwendung bzw. gemischte Schenkung bietet sich im Schenkungssteuerrecht die Aufspaltung des betreffenden Geschäfts in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Teil an²⁾. Im Gegensatz zu den bisherigen Lösungsschwierigkeiten³⁾ ist eine derartige Aufteilung der Zuwendung im Schenkungssteuerrecht und überhaupt im Steuerrecht weniger problematisch, da das zahlenmäßige Verhältnis von Entgelt und Unentgeltlichkeit ähnlich wie bei § 2375 BGB die rechenmäßige Grundlage für die steuerrechtliche Bewertung bedeutet. Voraussetzung dafür, daß das Schenkungssteuerrecht eingreift, ist selbstverständlich, daß nicht bloß ein "Kauf zum Freundschaftspreis", also ein preislich günstiger Kauf vorliegt, sondern zumindest teilweise eine echte freigebige Zuwendung gewollt ist.

IV. Das zivilrechtlich unwirksame Rechtsgeschäft im Schenkungssteuerrecht

Das causallose Rechtsgeschäft ist an mehreren Stellen der Arbeit bereits Gegenstand der Untersuchungen gewesen⁴⁾. Im Ergebnis ist im wesentlichen festzuhalten, daß Rechtsgrundlosigkeit nicht mit Unentgeltlichkeit gleichzusetzen ist. Aufgrund der unterschiedlichen Zielrichtung sind die Akzente im Schenkungssteuerrecht etwas anders zu setzen. Hier kommt

1) Wie hier BFH vom 1.7.1955 BStBl III S. 231; RFH vom 8.6. 1934 RStBl S. 923. Vgl. auch Megow, a.a.O., § 3 Anm. 2, S. 99.

2) Zutreffend BFH vom 6.12.1957 BStBl 1958 III S. 33.

3) Siehe oben S. 39 ff. bzw. 87 ff.

4) Vgl. oben S. 89 ff., 104, 113 f.

es darauf an, ob im konkreten Fall ohne Rücksicht auf die zivilrechtliche Wirksamkeit eine Bereicherung festzustellen ist. Solange z.B. bei einer unwirksamen Schenkung die hingegebene Zuwendung nicht zurückübertragen ist, wirtschaftlich die Bereicherung also noch besteht, bleibt die Steuerpflicht bestehen¹⁾. Insoweit kann eine rechtsgrundlose Zuwendung wie eine unentgeltliche behandelt werden, wenn nur der Wille zur Bereicherung, ob gültig oder ungültig, irgendwie in Erscheinung getreten ist. Eine Steuerpflicht ist aber zu verneinen, wenn bei einer unwirksamen Schenkung die erbrachte Zuwendung wieder zurückgegeben worden ist. Mangels Bereicherung muß dann die vorgenommene Festsetzung der Schenkungssteuer aufgehoben und eine bereits gezahlte Steuer zurückerstattet werden²⁾. Zivilrechtlich unwirksame Rechtsgeschäfte werden somit steuerrechtlich solange als relevant angesehen, als die äußeren, tatsächlichen Rechtsfolgen noch nicht aufgehoben sind.

1) Hierzu RFH vom 16.6.1931 RStBl S. 541.

2) § 5 Abs. 3 und 5 StAnpG. Vgl. dazu auch BFH vom 26.3.1954 BStBl III S. 159, Jung, a.a.O., S. 41, und Megow, a.a.O., § 3 Amm.2, S. 99

Schluß: Zusammenfassende Betrachtung der Grundelemente des unentgeltlichen Rechtsgeschäfts

Als Ergebnis der bisherigen Untersuchungen ist zunächst festzustellen, daß der Begriff des unentgeltlichen Rechtsgeschäfts nicht nur in seinen Wortabwandlungen wie unentgeltliche Verfügung, Zuwendung, Besitzerlangung, Leistung usw. unterschiedlich vorkommt. Nachdem sich die Auslegung des Begriffes nach dem Zweck der jeweiligen Norm richtet, schwankt je nach Bestimmung auch seine Bedeutung und sein Sinngehalt.

Bei näherer Betrachtung wird bei den einzelnen Vorschriften aber auch eine Reihe begrifflicher Gemeinsamkeiten erkennbar. Das läßt sich wohl darauf zurückführen, daß der Gesetzgeber der Wirksamkeit der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte generell Grenzen gesetzt hat¹⁾. Schließlich ist die Position desjenigen, der unentgeltlich erwirbt, durchwegs mit geringeren Rechten ausgestattet als die mittels eines entgeltlichen Rechtsgeschäfts Bedachten. Dies gilt gegenüber dem unentgeltlich Leistenden wie gegenüber Dritten. In einer Vielzahl von Fällen²⁾ kann der Dritte den unentgeltlichen Erwerb herausverlangen, während ihm bei einem entgeltlichen Rechtsgeschäft kein Anspruch zustünde. Wenn hieraus eine gewisse Übereinstimmung des Begriffs des unentgeltlichen Rechtsgeschäfts herzuleiten ist, trifft dies vor allem hinsichtlich der objektiven Merkmale des unentgeltlichen Rechtsgeschäfts zu. Die Unentgeltlichkeit ist danach so zu verstehen, daß einer Leistung keine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht. Nicht erforderlich ist, daß überhaupt kein Entgelt erbracht ist. Ist die Gegenleistung nur ungleichwertig, liegt eine Teilunentgeltlichkeit vor. Dabei kommt es darauf an, ob die Gegenleistung teilbar ist oder nicht. Im Falle der Teilbarkeit lassen sich die Unentgeltlichkeit und die daraus

1) Vgl. Enneccerus-Lehmann, a.a.O., § 120 I 1, S. 486.

2) Z.B. §§ 816 Abs. 1 Satz 2, 822, 988, 2113 Abs. 2, 2205 Satz 3, 2287 Abs. 2 Satz 2, 2329 BGB.

resultierenden Rechtswirkungen, wie Unwirksamkeit, Herausgabepflicht usw. im Verhältnis entsprechend aufgliedern. Bei einer unteilbaren Leistung ist die Lage schwieriger, wenn man von Ausnahmefällen absieht¹⁾. Eine Lösung kann hier in der Regel nur aufgrund praktischer Gesichtspunkte gefunden werden, indem der unentgeltliche Teil des Rechtsgeschäfts mit dem entgeltlichen verglichen wird. Überwiegt der unentgeltliche Teil der Leistung, gelangt man unter Berücksichtigung des jeweiligen wirtschaftlichen Zwecks des Rechtsgeschäfts zu einem angemessenen Ergebnis, wenn man hinsichtlich des gesamten Rechtsgeschäfts Unentgeltlichkeitsregeln anwendet. Bei der Frage, ob ein unentgeltliches Rechtsgeschäft vorliegt, hilft oft die wirtschaftliche Betrachtungsweise weiter. Danach verbietet sich ein formalrechtlicher Vergleich von Leistung und Gegenleistung. Im Vordergrund steht der Zweck der jeweiligen Bestimmung, der es auch zutreffend erscheinen läßt, die Unentgeltlichkeitsgrundsätze zumindest entsprechend auf die unentgeltlichen Gebrauchs- und Nutzungsfälle anzuwenden. Nicht einheitlich geklärt werden kann die andere Frage, in wessen Person, Verfügender oder Empfänger, die Unentgeltlichkeit eines Rechtsgeschäfts zum Ausdruck kommen muß, damit von einem unentgeltlichen Rechtsgeschäft gesprochen werden kann. Dabei steht der Schutzzweck der einzelnen Norm im Vordergrund, sodaß die endgültige Klärung des Problems hiervon abhängig gemacht werden muß.

Eng damit ist die Frage nach den subjektiven Merkmalen des unentgeltlichen Rechtsgeschäfts verbunden. In der Mehrzahl der Fälle ist eine allgemeine Festlegung dahingehend möglich, daß dem Willen beider Parteien, ein unentgeltliches Rechtsgeschäft vorzunehmen, entscheidendes Gewicht beizumessen ist. Im Ausnahmefall kann es begrifflich genügen, daß nur eine

1) Dazu oben S. 154, 158, 185.

Partei von der Unentgeltlichkeit Kenntnis hat¹⁾). Die Vertragspartner können das Wertverhältnis von Leistung und Gegenleistung allerdings nicht völlig unsachlich beurteilen. Es muß eine Willkürgrenze beachtet werden, sodaß in diesem Fall unrealistische subjektive Vorstellungen unbeachtlich bleiben müssen.

Problematisch und umstritten ist die Behandlung causaloser Rechtsgeschäfte. Trotz einer entgegenstehenden, jetzt schon etwas älter gewordenen Rechtsprechung, läßt sich für die untersuchten Rechtsgebiete einheitlich der Schluß ziehen, daß Rechtsgrundlosigkeit nicht mit Unentgeltlichkeit gleichgestellt werden kann. Gegen diese gekünstelt wirkende Gleichstellung spricht vor allem der Vorrang der einzelnen Leistungsverhältnisse. Das bedeutet, daß die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung mit Rücksicht auf die Interessen der jeweiligen Beteiligten im Rahmen der zugrunde liegenden Leistungsverhältnisse durchzuführen ist. Auch wird durch die Gleichstellung der Wille der Parteien einfach übergangen. Schließlich kann bei einem ungültigen Kaufvertrag - abgesehen von einem Willkürfall - der Verkaufswille nicht einfach in einen Schenkungswillen umgedeutet werden. Durch die allgemeinen Kondiktionsnormen ist jedenfalls ausreichender Schutz der Beteiligten gesichert.

Die Übereinstimmung einzelner Merkmale eines unentgeltlichen Rechtsgeschäfts bei den verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen führt zur Frage, ob statt der bisherigen Normenkasustik für die unentgeltlichen Rechtsgeschäfte nicht einheitliche und allgemeine Rechtssätze aufgestellt werden sollten²⁾.

1) Insbesondere bei der unentgeltlichen Zuwendung.

2) De lege ferenda könnte auch an eine gesetzliche Fixierung, z.B. innerhalb des 2. Abschnitts des Schuldrechts, gedacht werden.

In der Literatur finden sich hierzu nur wenige und meist nur recht knappe Stellungnahmen¹⁾. Unter anderem wird gegen eine einheitliche Behandlung der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte angeführt, daß sich die einzelnen unentgeltlichen Geschäfte wie Schenkung, Leihe, zinsloses Darlehen usw. zu sehr, insbesondere in wichtigen Punkten, voneinander unterscheiden. Im Gegensatz zur Leihe oder unentgeltlichen Verwahrung habe die Schenkung z.B. die dauernde Bereicherung eines Vertragspartners zum Inhalt.

Hierzu ist zu bemerken, daß die unentgeltlichen Rechtsgeschäfte dadurch gekennzeichnet sind, daß keine äquivalente Gegenleistung existiert. Das Fehlen des Synallagmas hat zur Folge, daß bei Leistungsstörungen nicht die §§ 320 ff. BGB, sondern die §§ 275 ff. BGB eingreifen²⁾. Hinsichtlich der Haftung des unentgeltlich Handelnden sollte das Haftungsprivileg der §§ 521, 599, 690 BGB entsprechend angewendet werden und die Haftung auf grobe Fahrlässigkeit grundsätzlich beschränkt bleiben. Die für den Beauftragten geltende strenge Haftungsregelung entspricht insoweit nicht der den übrigen unentgeltlichen Rechtsgeschäften zugrundeliegenden Interessenlagen. Neben diesen allgemeinen Regeln können dann die spezifischeren Probleme in den jeweiligen Sachgebieten, wie dem Schuld-, Familien-, Erb-, Steuerrecht usw., besondere Berücksichtigung finden, die den Interessenverhältnissen und dem Normzweck entsprechen.

1) Vgl. Soergel-Siebert-Ballerstedt, a.a.O., Rdnr. 2 vor § 516 BGB; Enneccerus-Lehmann, a.a.O., § 120 II 2, S. 488; RGR-Kommentar, a.a.O., Anm. 7 ff. vor § 516 BGB; Oertmann, Schuldverhältnisse, a.a.O., § 516 BGB, Anm. 1 c, S. 700.

2) Zutreffend Medicus, a.a.O., § 16 I, S. 144.

Lebenslauf

Am 18. Juli 1941 wurde ich als Sohn des Exportkaufmanns Karl Kroier und seiner Ehefrau Barbara in Tsingtau/China geboren. Aus China evakuiert kehrte unsere Familie 1946 nach Deutschland zurück.

Nach der Volksschule trat ich 1951 in das Neue Gymnasium in Nürnberg ein, wo ich 1960 die Reifeprüfung ablegte. Anschließend studierte ich an der Universität Erlangen/Nürnberg Jura und Betriebswirtschaft. An der Juristischen Fakultät absolvierte ich im Frühjahr 1965 meine erste juristische Staatsprüfung. Im Herbst 1966 schloß ich mein Betriebswirtschafts-Studium, unterstützt durch ein Stipendium der Stiftung Volkswagen-Werk, mit der Diplomprüfung für Kaufleute ab. Im Frühjahr 1967 wurde ich als wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl für Betriebswirtschaftslehre an der Universität Erlangen-Nürnberg beschäftigt.

Meinen Vorbereitungsdienst als Rechtsreferendar im Oberlandesgerichtsbezirk Nürnberg beendete ich 1969 mit der zweiten juristischen Staatsprüfung vor dem Landesjustizprüfungsamt München. Seit Ende 1969 bin ich Rechtsanwalt in Nürnberg.

Offsetdruck-Fotodruck

J. Hogl, 8520 Erlangen, Hauptstr. 109 (Nähe Martin-Luther-Platz) Tel. 22990